This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Google

Это цифровая коиия книги, хранящейся для иотомков на библиотечных иолках, ирежде чем ее отсканировали сотрудники комиании Google в рамках ироекта, цель которого - сделать книги со всего мира достуиными через Интернет.

Прошло достаточно много времени для того, чтобы срок действия авторских ирав на эту книгу истек, и она иерешла в свободный достуи. Книга иереходит в свободный достуи, если на нее не были иоданы авторские ирава или срок действия авторских ирав истек. Переход книги в свободный достуи в разных странах осуществляется ио-разному. Книги, иерешедшие в свободный достуи, это наш ключ к ирошлому, к богатствам истории и культуры, а также к знаниям, которые часто трудно найти.

В этом файле сохранятся все иометки, иримечания и другие заииси, существующие в оригинальном издании, как наиоминание о том долгом иути, который книга ирошла от издателя до библиотеки и в конечном итоге до Вас.

Правила использовапия

Комиания Google гордится тем, что сотрудничает с библиотеками, чтобы иеревести книги, иерешедшие в свободный достуи, в цифровой формат и сделать их широкодостуиными. Книги, иерешедшие в свободный достуи, иринадлежат обществу, а мы лишь хранители этого достояния. Тем не менее, эти книги достаточно дорого стоят, иоэтому, чтобы и в дальнейшем иредоставлять этот ресурс, мы иредириняли некоторые действия, иредотвращающие коммерческое исиользование книг, в том числе установив технические ограничения на автоматические заиросы.

Мы также иросим Вас о следующем.

- Не исиользуйте файлы в коммерческих целях.
  Мы разработали ирограмму Поиск книг Google для всех иользователей, иоэтому исиользуйте эти файлы только в личных, некоммерческих целях.

- Не отиравляйте автоматические заиросы.
  Не отиравляйте в систему Google автоматические заиросы любого вида. Если Вы занимаетесь изучением систем машинного иеревода, оитического расиознавания символов или других областей, где достуи к большому количеству текста может оказаться иолезным, свяжитесь с нами. Для этих целей мы рекомендуем исиользовать материалы, иерешедшие в свободный достуи.

- Не удаляйте атрибуты Google.
  В каждом файле есть "водяной знак" Google. Он иозволяет иользователям узнать об этом ироекте и иомогает им найти доиолнительные материалы ири иомощи ирограммы Поиск книг Google. Не удаляйте его.

- Делайте это законно.
  Независимо от того, что Вы исиользуйте, не забудьте ироверить законность своих действий, за которые Вы несете иолную ответственность. Не думайте, что если книга иерешла в свободный достуи в США, то ее на этом основании могут исиользовать читатели из других стран. Условия для иерехода книги в свободный достуи в разных странах различны, иоэтому нет единых иравил, иозволяющих оиределить, можно ли в оиределенном случае исиользовать оиределенную книгу. Не думайте, что если книга иоявилась в Поиске книг Google, то ее можно исиользовать как угодно и где угодно. Наказание за нарушение авторских ирав может быть очень серьезным.

О программе Поиск кпиг Google

Миссия Google состоит в том, чтобы организовать мировую информацию и сделать ее всесторонне достуиной и иолезной. Программа Поиск книг Google иомогает иользователям найти книги со всего мира, а авторам и издателям - новых читателей. Полнотекстовый иоиск ио этой книге можно выиолнить на странице `http://books.google.com/`

HDI
HL 40DW 1

A7
Purhta, G. F.
Kurs rimsk. graazhd. prava.

HARVARD LAW LIBRARY

Received NOV 1 1929

6.—

КУРСЪ

РИМСКАГО ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА.

NOV 27 1979

КУРСЪ
Римскаго Гражданскаго Права

ПРОФЕССОРА Г. Ф. ПУХТЫ.

ПЕРЕВОДЪ СЪ ПОСЛѢДНЯГО НѢМЕЦКАГО ИЗДАНІЯ ПРОФ. РУДОРФФА.

ТОМЪ I.

Изданіе Ѳ. Н. Плевако.

МОСКВА.
Типографія „Соврем. Изв.", Знаменка, Ваганьковскій пер., д. Игнатьевой.
1874.

Настоящее изданіе вызвано недостаткомъ въ русской юридической литературѣ хорошаго и полнаго курса „Римскаго Гражданскаго права". Оно представляетъ собою переводъ подробныхъ лекцій покойнаго профессора Пухты (Vorlesungen ueber das heutige Roemische Recht), дополненный извлеченіями изъ краткаго, конспективнаго учебника того же автора (Pandekten). Хотя предметомъ этихъ лекцій служитъ Римское право въ томъ видѣ, въ какомъ оно получило примѣненіе въ Германіи, тѣмъ не менѣе нельзя не признать за ними громадное значеніе для изученія Римскаго права вообще, такъ какъ въ нихъ сжатость изложенія соединяется съ основательною и подробною разработкою всѣхъ вопросовъ этого права.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Введеніе.

§ 1—9.

стр.
Римское право настоящаго времени 1
Отношеніе римскаго права къ прочимъ правамъ, дѣйствующимъ въ Германіи 12
Система и литература нынѣшняго римскаго права. 21

КНИГА I.

О юридическихъ нормахъ

§§ 10—21.

Глава I. Источники права.

Возникновеніе права 29
Обычное право 33
Познаваніе обычнаго права 36
Недостатки способовъ познаванія обычнаго права. 39
Положительное право 41
Источники познаванія положительнаго права . . 44
Разумъ закона, изъясненіе (Auslegung) и интерпретація его. 46
Научное право. (§ 10—16). 50

Глава II. Отношеніе юридическихъ нормъ другъ къ другу.

Отмѣна правоположеній 55
Модификація правоположеній 56

стр.
Противорѣчія (§ 17—19) 58

Глава III. Отношеніе юридическихъ нормъ къ неюридическимъ принципамъ.

Нравственность и религія. 62
Благо (§ 20—21) 63

КНИГА II.

О юридическихъ отношеніяхъ.

§§ 22—107.

Глава I. Лица.

Понятіе о лицѣ 67
Вліяніе индивидуальныхъ свойствъ.. 68
Юридическія лица 72
О возникновеніи и прекращеніи юридическихъ лицъ (§ 22—28). 81

Глава II. Содержаніе правъ.

Юридическія отношенія и права 85
Основаніе правъ.. 86
Различное содержаніе правъ.. 90
Различіе правъ по положенію ихъ субъэктовъ. . 91
Имущественное право. 92
О вещахъ и ихъ свойствахъ 93
Цѣна.. 108
Семейственное право 114
Вліяніе общественнаго и церковнаго положенія лицъ на гражданское право 121
Различіе правъ по ихъ объэктамъ (§ 29—46). . . 124

Глава III. Возникновеніе и прекращеніе правъ. (§ 47—77).

Общія понятія.. 127
Дѣйствія, какъ способы возникновенія и прекращенія правъ (§ 49—72) 131

стр.
A. Субъэктъ дѣйствія (§ 50—53)
1. Дѣеспособность. 132
2. Право распоряженія. 137
3. Дѣйствія чрезъ представителей. 143
4. О представительныхъ отношеніяхъ въ особенности 148
B. Актъ дѣйствій. (§ 54—66). 151
1. Воля: Вліяніе мотивовъ 152
Страхъ. 153
Заблужденіе и невѣдѣніе 156
Содержаніе юридическихъ сдѣлокъ . 161
Условія 162
Исполненіе условія 163
Дѣйствіе условія 169
Сроки. 172
Modus. 174
2. Выраженіе воли. 176
3. Соотвѣтствіе воли ея выраженію 179
Толкованіе юридическихъ сдѣлокъ 183
C. Недѣйствительность юридич. сдѣлокъ (§ 67).. 184
D. Ѳ дареніяхъ. (§ 68—72).
1. Понятіе. 189
2. Donatio inter vivos.
a. Условія дѣйствительности даренія . . . 192
b. Послѣдствія даренія 195
c. Отдѣльные виды дареній. 196
3. Mortis causa donatio. 199
Время какъ условіе возникновенія и прекращенія юридическихъ сдѣлокъ (§ 73—77).
A. Дѣйствіе времени 200
B. Періоды времени 203
C. Исчисленіе времени.
1. Гражданское исчисленіе 205
1. Utile tempus. 210
Д. Незапамятное время 212

Глава II. Охраненіе правъ. (§ 78—107).

I. Общія понятія § (78—80).
A. Правонарушеніе.. 216
B. Обезпеченіе. 217
C. Охраненіе 219

стр.
II. Иски и возраженія: (§ 81—95).
A. Понятіе и возникновеніе исковъ 222
B. Виды исковъ.
1. Въ историческомъ отношеніи 227
2. По основанію иска . . . . . —
3. По предмету иска 231
4. По судопроизводству 234
C. Прекращеніе исковъ 236
1 Concursus actionum 237
2 Смерть 240
3. Исковая давность (условія, сроки и дѣйствія исковой давности) 245
D. Объ эксцепціяхъ.
1. Понятіе 258
2. Виды 260
3. Уничтоженіе эксцепцій 263
III. Вліяніе процесса на права (§ 96—99).
A. Litis contestatio 264
B. Доказательства 266
C. Судебное рѣшеніе 272
IV. In integrum restitutio. (§ 100—107).
A. Понятіе 277
B. Поводъ 280
C. Основаніе 281
D. Просьба о реституціи 285
E. Дѣйствіе реституціи 287
F. Ограниченіе реституціи 289

КНИГА III.

О примѣненіи законовъ къ юридическимъ отношеніямъ.

§ 108—114.

Введеніе 291
I Судейское знаніе закона 291
II. Примѣненіе права (§ 110—113).
A Исключеніе примѣненія частною волею 293
B. Примѣненіе новаго закона 294

стр.
C. Лица, къ которымъ примѣняется право . . 299
D. Примѣненіе правъ различныхъ территорій . 300

КНИГА IV.

Права на собственную личность.

Глава I. Право личности (§ 114—121).

Возникновеніе. 305
Прекращеніе. 307
Уменьшеніе.
A Status и capitis deminutio 310
B. Степени личности по нынѣ дѣйствующему праву. 311
C. Умаленіе чести 314
D. Охраненіе права личности 317

Глава II Право владѣнія (§ 122—139).

Понятіе и юридическая природа владѣнія . . . 319
Виды владѣнія.
A. По его первоначальной природѣ 323
B. Вслѣдствіе юридическихъ видоизмѣненій.
Вліяніе causae possessionis 325
Производное владѣніе 329
Пріобрѣтеніе и прекращеніе владѣнія.
A. Возможность его. 331
По отношенію къ лицамъ . . . . . —
По отношенію къ предметамъ. 334
Исключительность владѣнія 338
B. Пріобрѣтеніе владѣнія 339
C. Прекращеніе владѣнія. 343
Послѣдствія и охраненіе владѣнія.
A. Общія понятія 346
B. Interdicta retinendae possessionis 348
C. Interdicta recuperandae possessionis 352
Interdictum de vi. 354
Interdictum de precario. 356
Juris quasi possessio.
A. Понятіе и объемъ 357
B. Пріобрѣтеніе и потеря quasi possessio. . . . 360

стр.
C. Охраненіе quasi possessio 363
Interdicta retinendae possessionis . . . . . —
Interdicta recuperandae possessionis 368

КНИГА V.

Вещныя права.

Глава I. Общія понятія (§ 140—143).

Вещныя права. 370
Классификація вещныхъ правъ. 371
Отмѣняемость вещныхъ правъ 372
Пріобрѣтеніе и потеря вещныхъ правъ 379

Глава II. Право собственности (§ 144—173).

Содержаніе права собственности. 383
Ограниченіе содержанія права собственности . . 386
Формы права собственности 390
Способы пріобрѣтенія права собственности . . . 392
A. Производное пріобрѣтеніе права собственности
Посредствомъ пріобрѣтенія владѣнія — Traditio. 393
Justa causa traditionis 396
B. Пріобрѣтеніе плодовъ, производное отъ собственника. 403
Пріобрѣтеніе права собственности безъ пріобрѣтенія владѣнія.
A. Adjudicatio. 404
B. Пріобрѣтеніе права вслѣдствіе утраты его прежнимъ собственникомъ . . . . . —
C. Другіе случаи пріобрѣтенія права собственности. 405
D. Первообразное пріобрѣтеніе права собственности:
Посредствомъ пріобрѣтенія владѣнія 405
Пріобрѣтеніе посредствомъ давности 411
Условія обыкновенной земской давности.
Время 415
Пріобрѣтеніе владѣнія съ justus titulus и bona fides 419

Способность вещи быть объэктомъ давности (Usucapionsfaehigkeit). 423
Условія чрезвычайной давности 425
Перерывъ давности 426
Доказательства земской давности. 427
Пріобрѣтеніе права собственности посредствомъ соединенія.
A. Соединеніе вещей безъ акцессіи. 428
B. Accessio. 430
Пріобрѣтеніе плодовъ (Erzeugnisse) вещи . . 434
Охраненіе права собственности:
A Иски о правѣ собственности
Rei vindicatio. 438
Предметъ иска 443
Цѣль иска 444
Negatoria in rem actio 448
B. Publiciana in rem actio. 451

Глава III. Superficies и Emphyteusis (§ 174—177) 456

Глава IV. Сервитуты (§ 178—192).

Основныя начала. 461
Личные сервитуты.
A. Общій обзоръ 466
B. Usus. 469
C Ususfructus 472
D. Quasiususfructus 475
Вещные сервитуты.
A Основныя правила. 477
B. Servitutes praediorum urbanorum. 482
C. Servitutes praediorum rusticorum. 483
Возникновеніе сервитутовъ 485
Пріобрѣтеніе сервитутовъ посредствомъ давности. 489
Прекращеніе сервитутовъ 492
Охраненіе сервитутовъ 499

Глава V. Закладное право (§ 193—217).

Понятіе и виды залога 502
Условія закладнаго права:
A. Обязательство. 506
B. Объэктъ закладнаго права 507
Возникновеніе закладнаго права 509
A. Установленіе закладнаго права по волѣ частныхъ лицъ 512

стр.
B. Установленіе закладнаго права судомъ . . 515
C. Возникновеніе закладнаго права въ силу положительнаго закона . . . . . —
IV. Прекращеніе закладнаго права. 518
V Содержаніе закладнаго права.
A. Экстенсивное содержаніе или объемъ:
1 Относительно объекта 522
2. Относительно обязательства 524
B. Интенсивное содержаніе . . . . . —
1. Право продажи 526
2. Impetratio dominii 528
3. Вліяніе произвольныхъ опредѣленій на содержаніе закладнаго права 529
4. Содержаніе закладнаго права на заложенныя права 530
Pignus nominis . . . . . —
Subpignus. 531
VI. Первенство (Prioritaet) 533
A. Старшинство закладнаго права 534
B. Сингулярное преимущество извѣстныхъ закладныхъ правъ 538
C. Преимущество pigni publici 539
Д. О переносѣ первенства 541
VII. Охраненіе закладнаго права 543
A. Actio hypothecaria . . . . . —
1. При залогѣ вещей 544
2. При залогѣ правъ 547
B. Interdictum Salvianum 549

КУРСЪ
ДѢЙСТВУЮЩАГО РИМСКАГО ПРАВА.

Объяснительныя лекціи къ «Пандектамъ».

Римское право настоящаго времени.

§ 1—4.

Въ Германіи римское право изучается въ двоякомъ видѣ: какъ римское право, законченное при Юстиніанѣ, имѣющее значеніе историческое, и какъ право дѣйствующее.

Въ первыхъ четырехъ параграфахъ введенія разсматриваются причины, по которымъ право, повидимому, отжившее, имѣетъ силу и значеніе дѣйствующаго положительнаго законодательства.

Римскому праву была предназначена двоякая жизнь: одна—у того народа, именемъ котораго оно называется, другая—у новыхъ народовъ за предѣлами тѣхъ вѣковъ, въ теченіи которыхъ существовало древнеримское государство.

Первая жизнь римскаго права заканчивается половиною третьяго столѣтія христіанскаго лѣтосчисленія. Въ послѣдніе годы своего существованія это право (отъ Августа до Діоклетіана и Константина) отличается уже значительнымъ научнымъ развитіемъ, благодаря усердной и вполнѣ успѣшной дѣятельности классическихъ юристовъ того времени, ставшихъ учителями и примѣромъ для всѣхъ послѣдующихъ юристовъ. Хотя содержаніе науки вообще, а юриспруденціи въ особенности имѣетъ національный характеръ, однако истинная наука въ сущности не національна: она распространяетъ свое національное содержаніе за границы отдѣльнаго народа и извѣстнаго пространства времени. Объ ней можно сказать тоже, что и объ истинномъ искусствѣ. Такъ, греческое искусство избирало для своихъ произведеній вполнѣ національныя темы—исторію, рели-

гію народа; но прелесть этихъ произведеній сдѣлала ихъ предметомъ художественнаго наслажденія и воспитательнымъ средствомъ для всего новаго міра и для всѣхъ временъ. Подобное же явленіе встрѣчается и въ наукѣ: все то, что древность выработала чисто научнаго, не исчезло вмѣстѣ съ народами—творцами, но сдѣлалось чѣмъ-то непреходящимъ, вѣчнымъ, находящимъ себѣ новое отечество повсюду, гдѣ царствуетъ умъ. Благодаря тому необыкновенному искусству, съ которымъ римскіе юристы одухотворили свое національное право, они доставили ему то же безсмертіе, которое мы признаемъ за произведеніями искусства; они придали ему то значеніе, которое обусловило переходъ его въ другія времена и къ другимъ народамъ.

Первымъ шагомъ такого перехода слѣдуетъ уже считать начавшееся съ Діоклетіана, главнымъ же образомъ съ Константина, примѣненіе римскаго права въ новомъ государствѣ, которое можетъ считаться римскимъ только номинально: римскій народъ на самомъ дѣлѣ пересталъ уже существовать и на его мѣсто выступили разнообразныя народности всѣхъ частей свѣта, собранныя въ пестрое государство подъ властью императора, называвшагося римскимъ. Подобно тому, какъ Карлъ Великій и его пріемники въ Германіи не могли смотрѣть на свое государство, носившее названіе священной римской имперіи, какъ на продолженіе стараго Рима, точно также не имѣли права и эти, такъ-называемые, римскіе императоры связывать свое государство съ древнеримскимъ.

Съ Константина императорамъ предлежала двойная задача: во первыхъ, измѣнить многое въ древнемъ правѣ и приспособить его къ новымъ обстоятельствамъ; во вторыхъ, сохранить все право въ цѣлости, упростить его внѣшнюю форму и тѣмъ сдѣлать его доступнѣе и спасти отъ всесокрушающаго времени. Частичными измѣненіями древняго римскаго права открывается рядъ преобразованій, продолженный впослѣдствіи каноническимъ правомъ, германскими законами и практикою.

Кодификація римскаго права, которую безуспѣшно старались совершить предшественники Юстиніана, особенно хорошо удалась этому послѣднему. Онъ въ своихъ сборникахъ, извѣстныхъ подъ именемъ *Corpus juris civilis*, далъ римскому праву тотъ внѣшній видъ, въ которомъ оно главнымъ образомъ дѣйствовало съ того времени. Изъ четырехъ составныхъ частей Юстиніановскаго свода, самою лучшею, такъ сказать, драгоцѣннымъ ядромъ, представляются „Пандекты“, составленныя изъ классическихъ сочиненій древнихъ юристовъ; они—главнѣйшій источникъ изученія римскаго права, почему ихъ именемъ и

названо настоящее сочиненіе. Дополненіемъ, или лучше сказать, введеніемъ къ нимъ служатъ Институціи, подготовляющія къ изученію Пандектъ. За ними слѣдуетъ Кодексъ (Codex)— сборникъ узаконеній древнѣйшихъ и позднѣйшихъ императоровъ. Постановленія первыхъ, изданныя въ классическія времена юриспруденціи и подъ ея вліяніемъ, имѣютъ нѣкоторое научное значеніе; законы же позднѣйшихъ императоровъ содержатъ въ себѣ тѣ измѣненія и развѣтвленія древнѣйшаго права, которыя казались необходимыми и большею частью дѣйствительно были необходимы при перенесеніи его въ другія времена и къ другимъ народамъ. Къ Кодексу примыкаетъ позднѣйшее дополненіе—Новеллы, отдѣльные законы Юстиніана, въ которыхъ продолжаются и даже значительно рѣзче выражаются измѣненія, о которыхъ мы говорили, особенно въ наслѣдственномъ правѣ. [1])

Первая эпоха второй жизни римскаго права у новыхъ народовъ начинается съ царствованія императора Константина. Началомъ второй эпохи считается XII вѣкъ, когда въ Болоньѣ на поприще науки выступилъ Ирнерій, человѣкъ получившій хорошее образованіе, обратившійся къ научному изслѣдованію Юстиніановскихъ сборниковъ. Онъ составилъ къ нимъ краткія примѣчанія, *глоссы*, и въ тоже время основалъ школу римскаго права, изъ которой образовался сначала Болонскій университетъ, а въ послѣдствіи и другіе университеты. Ирнерія и его послѣдователей до половины XIII столѣтія называютъ глоссаторами. Эти глоссаторы нашли римско-византійское право дѣйствующимъ въ Италіи и нѣкоторыхъ пограничныхъ съ нею странахъ. Оно занесено было сюда и вытѣснило изъ употребленія менѣе совершенные мѣстные законы, частію еще при Юстиніанѣ, частію позднѣе. Римское право никогда не переставало быть дѣйствующимъ правомъ въ Италіи, Франціи и Испаніи; но его существованіе до глоссаторовъ, во времена глубокаго невѣжества, было жалкое, неполное; примѣненіе и знаніе римскаго права было даже настолько недостаточно, что впослѣдствіи могло родиться мнѣніе, будто римское право совершенно не дѣйствовало въ продолженіе нѣсколькихъ вѣковъ

---

[1]) Эти составныя части свода Corpus juris civilis расположены слѣдующимъ образомъ: 1) Institutiones изданы 21 ноября и вошли въ дѣйствіе съ 30 декабря 533 года. 2) Digesta или Pandectae изданы 16, получили примѣненіе 30 декабря 533 года. 3) Codex Iustinianeus публикованъ въ обновленномъ видѣ (repetita praelectio) 16 ноября, а дѣйствуетъ съ 29 декабря 534 года. 4) Novellae издавались въ разное время съ 535 г. Изъ Пандектъ.

и вновь было введено глоссаторами. Ошибочность этого мнѣнія теперь уже положительно признана всѣми.

Хотя глоссаторы занялись только обработкой римскаго права, найденнаго ими дѣйствующимъ, т. е. изъяснили и систематизировали прежде существовавшее право, не создавая ничего новаго, однако они своей обработкой настолько существенно измѣнили его, что отличіе ихъ эпохи отъ предшествующей не могло быть больше, еслибъ они даже нашли римское право не дѣйствующимъ, забытымъ и ввели бы его вновь въ дѣйствіе. Правильность нашего мнѣнія доказывается, какъ мы увидимъ, не только теоріею, но и практикою.

Знаніе римскаго права, а потомъ и примѣненіе его въ тѣхъ странахъ, куда оно впервые занесено, было крайне ограниченно; многіе отдѣлы римскаго законодательства почти вовсе не примѣнялись, такъ какъ они въ большинствѣ случаевъ сохранились не въ полномъ составѣ; къ тому же и пользовались ими весьма не искусно. Но Ирнерій и его послѣдователи, при такихъ неблагопріятныхъ обстоятельствахъ, не только собрали воедино всѣ части законодательства Юстиніана, но и вполнѣ усвоили себѣ разнообразнѣйшій матеріалъ, разбросанный по всѣмъ его книгамъ, притомъ въ поразительно короткое время. Отъ нихъ не ускользнуло ни одно правило изъ всего Corpus juris; они такъ внимательно изучали всѣ законоположенія, относящіяся до одного предмета хотя бы и разбросанныя по всему сборнику, что сопоставленіемъ всѣхъ разнообразныхъ толкованій и опредѣленій, могли дополнить и истолковать каждое узаконеніе. Такое освоеніе съ разсѣяннымъ по всему Corpus juris матеріаломъ и разъясненіе его разума изъ его же внутренняго содержанія — есть главнѣйшая теоретическая заслуга школы глоссаторовъ, этихъ отцовъ новой юриспруденціи, заслуга, оказанная послѣдующему времени и давшая возможность продолжать дѣло на прочномъ основаніи.

Благодаря этимъ теоретическимъ заслугамъ, эпоха глоссаторовъ стоитъ несравненно выше предшедствовавшаго ей ненаучнаго времени, даже самаго вѣка Юстиніана. Но не меньшій переворотъ произвели они въ новой исторіи римскаго права тѣми практическими результатами, которыхъ они достигли, тою необыкновенною обширностью примѣненія, которую они доставили римскому праву. До нихъ римское право имѣло значеніе дѣйствующаго права только тамъ, куда оно было перенесено въ древнее время и признано правителями; кромѣ того оно служило кореннымъ правомъ духовенства. Совершенно иное воззрѣніе явилось на это право у глоссаторовъ; они смотрѣли

на него, какъ на общее достояніе всего цивилизованнаго человѣчества, какъ на воплощенный юридическій разумъ, обязательный для каждаго народа, какъ на право, освобожденное отъ границъ національности. Такимъ преподавали они его своимъ слушателямъ, вполнѣ раздѣлявшимъ ихъ воззрѣніе. Только благодаря такому характеру ученія глоссаторовъ Болонья сдѣлалась всемірнымъ университетомъ, въ который стекались люди изъ отдаленнѣйшихъ концовъ христіанской Европы.

Это воззрѣніе нашло себѣ поддержку и въ политическихъ обстоятельствахъ того времени. Тогдашняя священная римская имперія, власть которой, съ точки зрѣнія теоріи, должна была простираться на весь христіанскій міръ, считалась продолженіемъ древне-римскаго государства, а римскіе императоры предшественниками германскихъ. Поэтому и Юстиніановскіе законы могли получить непосредственную приложимость; они являлись не чуждыми, не иностранными, но законами того же самаго государства.

Но этимъ внѣшнимъ фактическимъ условіямъ не слѣдуетъ придавать слишкомъ большаго значенія; они сами по себѣ не были бы въ состояніи открыть римскому праву доступъ во всѣ страны; притомъ далеко не вездѣ существовали такія благопріятныя условія для рецепціи римскаго права: въ нѣкоторыхъ странахъ признаніе римскаго права дѣйствующимъ встрѣчало даже сильное противодѣйствіе, въ виду господствовавшаго мнѣнія, будто римское право черезъ-чуръ благопріятствуетъ усиленію верховной власти. Мнѣніе это имѣло сторонниковъ и между германскими учеными; однако ложность его блистательно доказала исторія, опровергнувшая множество другихъ теоретическихъ заблужденій; обыкновенный ходъ историческихъ событій былъ таковъ, что съ возрастаніемъ значенія римскаго права уменьшалась сила верховной власти.

Истинною причиною рецепціи римскаго права въ такихъ странахъ, гдѣ оно до того времени никогда не дѣйствовало, было его научное достоинство, способствовавшее умственному возрожденію тѣхъ временъ, и убѣжденіе въ его общеевропейскомъ характерѣ. Это убѣжденіе, сначала проводимое глоссаторами, впослѣдствіи раздѣлили всѣ образованные люди того времени.

Принятіе новой римской юриспруденціи въ Испаніи не нашло препятствій, такъ какъ римское право было тамъ издавна дѣйствующимъ, хотя въ нѣсколько иномъ, несовершенномъ видѣ. Тоже видимъ въ Южной Франціи. Но Сѣверная Франція представляетъ другое явленіе; здѣсь римское право вступило въ коллизію съ германскими юридическими обычая-

ми и завоевало себѣ значеніе дѣйствующаго права; за нимъ также былъ признанъ высшій научный авторитетъ.

Потомъ Римское право перешло по ту сторону канала — въ Англію и Шотландію; въ этой послѣдней оно и до сихъ поръ имѣетъ весьма большое значеніе и примѣненіе, вслѣдствіе чего шотландская юриспруденція значительно превосходитъ англійскую, которая почти вовсе не имѣетъ научнаго характера. Оно перешло затѣмъ и въ Скандинавію, благодаря тому, что и на этомъ крайнемъ сѣверѣ нашлись даровитые люди, учившіеся въ Болоньѣ.

Германія не отстала отъ прочихъ странъ: нѣмцы образовали изъ себя въ Болоньѣ весьма значительную корпорацію съ важными привилегіями. Уже въ XII вѣкѣ между всѣми дѣльными нѣмцами укоренилось убѣжденіе, что въ Германіи, этомъ средоточіи новой римской имперіи, римское право должно быть дѣйствующимъ по преимуществу, что оно есть собственность Германіи, что германцы, не менѣе другихъ народовъ, признаны стоять во главѣ умственнаго движенія. Въ XII и XIII вѣкахъ это воззрѣніе выражается неоднократно; нѣсколько позднѣе оно встрѣчается даже въ имперскихъ законахъ, не какъ нѣчто сомнительное, подлежащее утвержденію, но какъ уже вполнѣ признанный фактъ, такъ напр. въ законѣ 1342 г., (Reichsabschied), изданномъ при императорѣ Людвигѣ IV. При учрежденіи въ 1495 году верховнаго судилища (Reichscammergericht), судьямъ и ассессорамъ было предписано при постановленіи рѣшеній руководствоваться главнымъ образомъ римскимъ правомъ.

Практическому примѣненію римскаго права въ судахъ, въ періодъ времени отъ XII до XIV в., препятствовало назначеніе на судебныя должности лицъ необразованныхъ. Но мало по малу въ судахъ стали засѣдать окончившіе курсъ студенты, и съ этого времени примѣненіе его стало всеобщимъ. Для лицъ, не получившихъ хорошаго образованія, но нуждающихся въ знаніи римскихъ законовъ, послѣдніе излагались популярно; съ такимъ характеромъ изложенія явилось въ XVI вѣкѣ два сочиненія: Layenspiegel Ульриха Тенглера (германское и римское право) и Klagspiegel Себастіана Бранта [1]) (почти одно римское право). Впрочемъ въ XV вѣкѣ римское право уже получило полное примѣненіе во всей Германіи.

---

[1]) Ср. Adrian, Zeitschr. fur Civilr. und Prozesz, новая серія, I, № 10 (1845) стр. 425 и слѣд. Gerber, Wiss. Princip des deutschen Privatr. 1846, стр. 127, прим 14.

Съ этого же времени начинается въ Германіи обильная литература римскаго права. Благодаря ей, Германія стала во главѣ новой юридической науки. Въ средніе вѣка сосѣди ея съ юга были ея учителями, а въ XVI в. ими сдѣлались западные; теперь же германцы въ состояніи воздать имъ за все то, что отъ нихъ получили. Кромѣ того, римское право не осталось въ границахъ школы и науки,—оно перешло въ жизнь, въ плоть и кровь народа. Не мало значенія для этого послѣдняго явленія имѣютъ законы какъ всей имперіи, такъ и законы тѣхъ отдѣльныхъ государствъ, въ которыхъ вліяніе римскаго права было особенно сильно.

Сведя все вышеизложенное къ одному результату, мы увидимъ, что

1. Римское право для Германіи не есть нѣчто древнее, прошлое, но нѣчто жизненное, настоящее.

2. Значеніе дѣйствующаго права получило оно не по волѣ законодателя (прежнее ошибочное воззрѣніе, давно опровергнутое), но въ силу своего научнаго значенія и всѣхъ своихъ многочисленныхъ внутреннихъ достоинствъ. Рецепція римскаго права не была моментальнымъ актомъ, а представляется намъ постепеннымъ укорененіемъ его въ юридическомъ сознаніи народа и въ практикѣ судовъ. Римское право не есть наброшенная внѣшняя оболочка, но жизненный элементъ, перешедшій въ организмъ и приспособленный къ бытовымъ условіямъ народа, среди котораго онъ дѣйствуетъ.

3. Его значеніе, какъ дѣйствующаго права Германіи, проявляется:

a) въ той обязательности, которую оно получило въ Германіи и сохраняетъ до сихъ поръ въ большей части составляющихъ ее государствъ (см. ниже);

b) въ его вліяніи на новыя законодательства, для которыхъ оно служитъ главнымъ источникомъ;

c) въ его важности для науки права, такъ какъ конструкція дѣйствующаго законодательства большинства государствъ основана главнымъ образомъ на римской системѣ.

Такъ какъ не всѣ римскіе законодательные памятники получили въ Германіи дѣйствительное примѣненіе, то намъ слѣдуетъ еще опредѣлить, что именно изъ древняго римскаго права должно считаться дѣйствующимъ правомъ Германіи. Въ подробности это выяснится изъ дальнѣйшаго изложенія, которое именно и имѣетъ въ виду только нынѣшнее римское право этого государства. Но есть нѣсколько общихъ правилъ для рѣшенія этого вопроса, которыя мы здѣсь и укажемъ.

1. Значеніе дѣйствующаго права получили только тѣ римскіе законы, которые были собраны воедино Юстиніаномъ и имъ облечены въ форму Corpus juris, а не такъ-называемое jus antejustinianeum, подъ которымъ мы разумѣемъ остатки древнѣйшихъ памятниковъ, не попавшихъ въ составъ Corpus juris civilis. Эти остатки имѣютъ второстепенное значеніе—лучшаго пособія къ правильному пониманію юстиніановскаго права. Не получило также силы дѣйствующаго права и такъ называемое jus postjustinianeum, т. е. законодательство позднѣйшихъ византійскихъ императоровъ. Оно представляетъ собою частью отдѣльные законы, каковы напр. 113 новеллъ Льва Философа, вышедшія въ IX вѣкѣ и приложенныя ко многимъ изданіямъ книги Corpus juris; кромѣ того въ сборникѣ юстиніановскихъ новеллъ, по образцу котораго печатаются нынѣшнія изданія, 7 новеллъ принадлежатъ не Юстиніану, а его преемникамъ Юстину II и Тиберію II, и не имѣютъ для насъ никакого серьезнаго юридическаго значенія; частью же сборники, представляющіеся болѣе или менѣе полными передѣлками юстиніановскихъ сборниковъ. Лучшій изъ нихъ—Базилики, Basilicorum libri, царскія книги—относятся къ IX вѣку. Всѣ эти позднѣйшіе юридическіе памятники могутъ быть также употребляемы для разъясненія юстиніановскаго права, но они, конечно, далеко не имѣютъ его значенія.

2. Нѣкоторыя части юстиніановскаго права еще глассаторами были признаны не примѣнимыми; въ силу авторитета, признаваемаго за этими послѣдними, какъ за посредниками рецепціи римскаго права новыми государствами, отвергнутыя ими части не получили значенія дѣйствующаго закона. Тоже должно сказать и о тѣхъ законоположеніяхъ, которыя не были извѣстны глоссаторамъ и которыя только впослѣдствіи включены въ Corpus изъ позднѣйшихъ рукописей, или изъ другихъ источниковъ, напр. изъ Базиликъ. Исключеніе извѣстнаго правила изъ употребленія глоссаторы обозначили тѣмъ, что оставляли его неглоссированнымъ. Отсюда правило: quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia. Институціи были въ рукахъ глоссаторовъ въ полномъ составѣ и изъ нихъ не было исключено ничего. Пандекты были почти полныя, за исключеніемъ нѣкоторыхъ правилъ [1]), которыя остались неглоссированными потому, что помѣщены въ Пандекты лишь въ XVI вѣкѣ изъ Базиликъ; намѣренно же исключенныхъ глоссаторами постановле-

[1]) L. 7. § 5. L. 8—11. de bon. damn. (48, 20). L. 10—19. de interd. et releg. (48, 22).

ній въ нихъ нѣтъ. Въ Кодексѣ глоссаторы игнорировали многія греческія узаконенія, которыя остались неглоссированными большею частію отъ того, что ихъ не было въ тѣхъ рукописяхъ, которыми они руководствовались; въ позднѣйшія изданія эти узаконенія попали ужъ изъ другихъ источниковъ; нѣкоторые же законы выкинуты глоссаторами какъ вслѣдствіе непонятности ихъ изложенія, такъ и по непригодности содержанія. Изъ новеллъ также были исключены многія, какъ неприменимыя, такъ что изъ 168 новеллъ (по сборнику, послужившему образцомъ для всѣхъ послѣдующихъ изданій) оказывается только 96 глоссированныхъ новеллъ. [1])

Хотя новеллы издавались то на греческомъ, то на латинскомъ языкахъ, однако различіе языка не могло служить глоссаторамъ препятствіемъ къ изъясненію ихъ, такъ какъ въ рукахъ глоссаторовъ находилось два изданія новеллъ: одно, представляющее собою краткія извлеченія, сдѣланныя Юстиномъ, другое—полный переводъ всѣхъ новеллъ на латинскій языкъ, называемый Authenticum, носящій кромѣ того названіе versio vulgata, въ отличіе отъ новыхъ переводовъ новеллъ и отъ греческаго текста ихъ. Такимъ же переводомъ пользовались они для изложенія въ Corpus'ѣ тѣхъ немногихъ постановленій изъ Дигестъ, которыя первоначально были изданы на греческомъ языкѣ.

Оригинальный греческій текстъ новеллъ и постановленій изъ Дигестъ сталъ извѣстенъ въ XVI вѣкѣ, поэтому, при нѣкоторомъ разнорѣчіи между этимъ текстомъ и принятыми въ Corpus переводами versio vulgata, можетъ возникнуть вопросъ о преимуществѣ текста предъ переводомъ. Вопросъ этотъ рѣшается различно. По мнѣнію однихъ, греческій текстъ долженъ имѣть преимущество, ибо въ Corpus juris должны входить самыя новеллы, а не переводы или извлеченія; при этомъ лица, раздѣляющія это мнѣніе, ошибочно считаютъ весь греческій текстъ оригинальнымъ, что было далеко не всегда. По мнѣнію другихъ, переводъ versio vulgata, вошедшій въ составъ Corpus'а, долженъ считаться обязательнымъ, такъ какъ въ этомъ видѣ новеллы подверглись рецепціи; значеніе этой versio vulgata для настоящаго времени опредѣляется по правилу: quidquid non agnoscit glossa и проч. Это послѣднее мнѣ-

---

[1]) Nov. 1—10, 12, 14—20, 22, 23, 33, 34, 38, 39, 44, 46—49, 51—58, 6[illegible], 61, 66, 67, 69—74, 76—86, 8[illegible], 100, 105—109, 111—120, 123—125, 127, 128, 131, 132, 134, 143, 159.

ніе нашло себѣ весьма основательнаго и ученаго защитника въ лицѣ Озенбрюггена [1]).

По моему мнѣнію слѣдуетъ руководствоваться слѣдующими соображеніями:

1. Если извѣстное законоположеніе вошло во всеобщее употребленіе въ томъ видѣ, въ какомъ оно существуетъ въ versio vulgata, то его слѣдуетъ держаться строго, неизмѣнно. Впрочемъ, опредѣленіе того, вошло ли извѣстное правило въ обычай, подлежитъ особому разрѣшенію въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ.

2. Если нельзя убѣдиться въ общей примѣняемости извѣстнаго законоположенія, то вопросъ о преимуществѣ греческаго текста предъ вульгатой сводится къ вопросу о различіи, существовавшемъ между греческимъ текстомъ, по которому былъ сдѣланъ переводъ versio vulgata, и греческимъ же текстомъ, открытымъ въ послѣднее время. Поэтому здѣсь прежде всего нужно рѣшить вопросъ о преимуществѣ одного греческаго текста предъ другимъ, о томъ — который изъ нихъ вѣрнѣе. Но абсолютнаго предпочтенія тексту, съ котораго переведена versio vulgata, отнюдь давать не слѣдуетъ.

3. Если можно доказать, что разнорѣчіе вульгаты съ новымъ греческимъ текстомъ произошло не вслѣдствіе особенности древняго греческаго текста, а вслѣдствіе незнанія переводчика, то слѣдуетъ предпочитать истинный смыслъ греческаго текста [2]).

4. Если особенность вульгаты произошла вслѣдствіе исправленія глоссаторовъ, то весь вопросъ будетъ въ правильности такого исправленія, такъ какъ эта научная работа глоссаторовъ имѣетъ сама по себѣ также мало самостоятельнаго авторитета, какъ и прочія ихъ толкованія.

Глоссаторы, не ограничиваясь однимъ собираніемъ, группировкой и изъясненіемъ книги Corpus juris, присоединяли къ ней разные другіе законы. Такъ они помѣстили въ Кодексѣ, частію цѣликомъ, частію въ извлеченіи: libri feudorum, authenticae fridericianae, законы Фридриха I и II. Эти дополне-

---

[1]) Zeitschr. f. Civilr. und Civilpr. XXII. 11 (1842). *Прим. изд.*

[2]) Напр. въ Nov. 22. c. 2. § 1. (Autheuticum ed. Heimcach I, стр. 211) читаемъ: Si vero quidquam testator disposuerit, quod jam latis praeoccupatum (vetitum) sit legibus, vel quod contra leges in universum aliquid praeceperit; тогда какъ въ versio vulgata, мы находимъ безсмысленныя nihil и nec aliquid, совершенно искажающія смыслъ этого постановленія. См. § 428 Majer, Zeitschr, f. Civilr. und Processr, нов. сер., т. V, № 7. (1848).

Прим. изд.

нія получили такую же дѣйствительную силу и примѣненіе, какъ и все остальное содержаніе книги Corpus juris.

Въ Кодексѣ есть еще родъ дополненій, которыя только по формѣ чужды римскому праву, именно—извлеченія изъ новеллъ, называемыя просто Authenticae. Эти извлеченія первоначально входили въ составъ глоссы, но понемногу стали включаться и въ самый текстъ Кодекса, такъ что теперь они находятся въ текстѣ всѣхъ изданій, даже и неглоссированныхъ. Иногда эти извлеченія неполны и даже не совсѣмъ вѣрно передаютъ смыслъ новеллы [1]); въ такомъ случаѣ слѣдуетъ руководствоваться самой новеллой, ибо означенныя извлеченія имѣютъ также мало самостоятельнаго авторитета, какъ и самыя глоссы, къ составу которыхъ они первоначально принадлежали.

5. Нѣкоторыя ученія и институты римскаго права устарѣли для настоящаго времени потому, что они уже не соотвѣтствуютъ теперешнему положенію вещей, хотя во времена глоссаторовъ они еще и примѣнялись (прямо или косвенно). Относительно этихъ устарѣвшихъ нормъ римскаго права должно указать на слѣдующія два правила:

a) Не дѣйствующимъ слѣдуетъ считать цѣлый отдѣлъ юридическихъ нормъ — все римское государственное право. Это общее правило вовсе не исключаетъ возможности примѣненія многихъ отдѣльныхъ законовъ государственнаго характера, хотя эта возможность примѣненія должна быть доказываема каждый разъ особо. Поэтому кто, примѣняя какой либо римскій государственный законъ, сошлется на римское право вообще, тотъ прямо будетъ противорѣчить указанному общему правилу о недѣйствительности нормъ римскаго государственнаго права для настоящаго времени.

b) Относительно всѣхъ прочихъ отдѣловъ права соблюдается совершенно обратное правило, а именно: римское право признается дѣйствующимъ, примѣняемымъ; непримѣнимость отдѣльныхъ положеній его есть исключеніе; ссылающійся на нее имѣетъ fundatam intentionem [2]). Такихъ исключеній не мало, но ихъ нельзя подвести подъ одно общее понятіе; напр. есть случаи, въ которыхъ германское обычное право отмѣнило римскій законъ, когда напр. благодаря извѣстнымъ германскимъ обы-

---

[1]) См. напр Auth. Rogati C. de test. (4, 20) изъ Novell. 90 cap. 2.

[2]) Этому положенію не слѣдуетъ придавать процессуальнаго значенія обязанности одного изъ тяжущихся представлять доказательства, такъ какъ такой обязанности вообще не можетъ быть по отношенію къ законамъ Ср. § 10, 1 9. Waechter, gem. Recht Deutschlands, 1844, стр. 186 и слѣд.

Прим. изд.

чаямъ уничтожилось напр. римское правило о невозможности возникновенія обязательства изъ безформеннаго договора (pactum nudum), а вмѣстѣ съ тѣмъ утратила всякое значеніе и римская стипуляція (строго формальный контрактъ).

Отношеніе римскаго права къ прочимъ правамъ, дѣйствующимъ въ Германіи.

§ 5—8.

Теперь намъ предстоитъ разсмотрѣть значеніе каноническаго права и національнаго германскаго, какъ общаго (das gemeine Recht), такъ и мѣстнаго (das particulaere Recht).

1. Въ Германіи каноническое право сдѣлалось, наравнѣ съ римскимъ правомъ, правомъ дѣйствующимъ. Впрочемъ эти слова относятся только къ четыремъ сборникамъ каноническихъ постановленій, составляющимъ Corpus juris canonici (clausum).

Составныя части Corpus juris canonici clausum слѣдующія: 1) decretum Gratiani—руководство каноническаго права, изданное болонскимъ монахомъ Граціаномъ около 1150 г. и представляющее компиляцію изъ библіи, отцовъ церкви, апостольскихъ правилъ, постановленій соборовъ, папскихъ декретовъ, римскихъ законовъ и франкскихъ капитуляцій. Впрочемъ только извлеченія изъ источниковъ и памятниковъ (canones, capitula) имѣютъ силу закона, а не ризсужденія самого составителя, называемыя dicta Gratiani. Декретъ Граціана (по образцу Пандектъ: Digestum vetus, infortiatum cum tribus partibus, Digestum novum) состоитъ изъ трехъ частей. Первая распадается на 101 подраздѣленіе (Distinctiones), такъ что при цитатахъ указывается номеръ канона и подраздѣленія, напр. c. 1. D. или Dist. 10. Вторая содержитъ въ себѣ 36 causae, изъ которыхъ каждая распадается на нѣсколько отдѣльныхъ вопросовъ (quaestiones); при цитатѣ указывается № канона, causae и вопроса, напр. cap. 3. C. 12. qu. 1. Третій вопросъ 33-ей causae содержитъ особое разсужденіе о покаяніи (de poenitentia), состоящее изъ 7 подраздѣленій (distinctio), такъ что за № канона и подраздѣленія слѣдуетъ de poenitentia; напр. c. 1. Dist. 7 de poen. Наконецъ третья часть распадается на 5 подраздѣленій, которыя цитируются съ прибавленіемъ словъ: de consecratione; -напр. c. 1. Dist. 5. de cons. 2) Остальное со-

держаніе Corpus juris canonici представляетъ собою три древнѣйшихъ сборника декреталій (extravagantes, extra decretum Gratiani vagantes decretales), изъ которыхъ каждый состоитъ изъ 5 книгъ, а эти изъ титуловъ и главъ: a) Decretales Gregorii papae IX, составлены изъ папскихъ постановленій, относящихся ко времени отъ 1150 до 1230 года, изданы въ 1234 году. Теперь цитируются они слѣдующимъ образомъ: № главы, знакъ X (extravagantes), заглавная рубрика, наконецъ № книги и титула, напр c. 1. X. de elect. I. 6. b) Liber Sextus Decretalium, сборникъ названный такъ потому, что служитъ дополненіемъ къ пятикнижію Григорія IX, хотя этотъ сборникъ тоже состоитъ изъ 5 книгъ, титуловъ и главъ; изданъ Бонифаціемъ VIII въ 1298 году; цитаты означаются слѣдующимъ образомъ: c. 1. de elect. in VI to I, 3. c.) Clementinae (sc. constitutiones in concilio Viennensi editae), составлющія также дополненіе къ предшествующимъ сборникамъ; изданы въ 1313 году папою Климентомъ V; при цитатахъ означается: № и слово Clem.. заглавная рубрика, номеръ книги и титула; напр. Clem. 2. de V. S. (verborum significatione) 5. II. Позднѣйшіе сборники: Extravagantes Ioannis XXII, Extravagantes communes, прилагаемые съ XVI вѣка къ книгѣ Corpus juris canonici, — не имѣютъ никакого отношенія къ гражданскому праву.

Каноническое право, возникшее въ лонѣ церкви, касается главнымъ образомъ церковно-юридическихъ отношеній и, съ этой стороны, не будетъ подлежать нашему разсмотрѣнію. Но оно сверхъ того содержитъ въ себѣ нѣкоторыя опредѣленія, касающіяся правъ гражданскихъ; ими-то мы теперь и займемся. Въ этомъ отношеніи каноническое право имѣетъ своею основою право римское, хотя иногда и подвергаетъ это послѣднее различнымъ измѣненіямъ. Многіе думаютъ, что въ этихъ случаяхъ римское право, какъ древнѣйшее, должно уступать каноническому праву, какъ новѣйшему [1]); это положеніе вполнѣ невѣрно, ибо оба права проникли въ Германію одновременно. Относительно нѣкоторыхъ родовъ дѣлъ преимущество отдавалось каноническому праву, относительно же другихъ—римскому; выразить же однимъ общимъ правиломъ всѣ случаи примѣненія того и другаго права нѣтъ никакой возможности.

---

[1]) Напр. Boehmer, jus eccl. prot. lib .I. tit.2, § 70—73. Savigny, System I, стр. 266. Но такъ какъ они допускаютъ измѣненіе каноническаго права законодательствомъ и практикою, то ошибочность ихъ воззрѣнія не имѣетъ практической важности *Прим. изд.*

Впрочемъ папы были самыми ранними врагами римскаго права; они благопріятствовали своду каноническаго законодательства для того, чтобы противопоставить его изученіе ревностному изученію римскаго права. Въ XIII вѣкѣ Гонорій III въ своей враждѣ къ римскому праву зашелъ такъ далеко, что запретилъ преподаванніе и изученіе его въ парижскомъ и другихъ иностранныхъ университетахъ [1]). Но это противодѣйствіе, такъ же какъ и вообще всѣ противодѣйствія, которыя пришлось испытать римскому праву въ новыхъ государствахъ, не имѣло для него никакихъ серьезныхъ послѣдствій.

2. Въ національномъ, дѣйствующемъ въ Германіи, правѣ слѣдуетъ различать постановленія, возникшія независимо отъ римскаго права, отъ законовъ, находящихся съ нимъ въ тѣсной связи.

До рецепціи римскаго права, Германія имѣла исключительно свои туземные юридическіе обычаи. О томъ, какъ бы развилось чисто-германское право, еслибъ къ нему не привзошло римское, нельзя сказать ничего опредѣленнаго, точно такъ же, какъ нельзя навѣрное сказать, что стало бы съ нѣмецкимъ искусствомъ, поэзіей или философіей безъ римскаго или греческаго вліянія. Жалѣть о невозможности разрѣшить этотъ вопросъ было бы педантизмомъ, такъ какъ Германіи вовсе незачѣмъ было ни отказываться отъ драгоцѣнныхъ результатовъ предшествовавшей имъ цивилизаціи, ни изолироваться отъ своихъ современниковъ.

Въ какое же положеніе стали другъ къ другу оба права? Нѣкоторые думаютъ, что римское право примѣнялось только in subsidium въ тѣхъ случаяхъ, когда туземное не давало никакихъ нормъ для разрѣшенія какого-либо юридическаго отношенія. На дѣлѣ же такое отношеніе было невозможно, вслѣдствіе различнаго характера обоихъ правъ, изъ которыхъ одно было неразвито, неполно, грубо, другое же представлялось развитымъ до мельчайшихъ подробностей и научно законченнымъ: наука никогда не можетъ находиться въ служебныхъ отношеніяхъ къ чему бы то ни было; напротивъ, она подчиняетъ все своему господству.

Хотя римское право вытѣснило изъ употребленія многія, чисто нѣмецкія юридическія воззрѣнія и учрежденія, однако множество другихъ не поддались его вліянію, сохранились неприкосновенными и образовали особую правовую область, которую мы называемъ частнымъ германскимъ правомъ, или мѣстнымъ.

---

[1]) C. 23. X. de privil. (5, 33).

Такимъ образомъ, рядомъ съ римскимъ правомъ собственности существуетъ чисто нѣмецкая собственность: ленная, крестьянская и пр.; рядомъ съ римскими сервитутами—чисто германскія повинности; рядомъ съ римскими договорами—чисто нѣмецкіе, напр. вексель и пр.; рядомъ съ римскими имущественными отношеніями супруговъ—туземныя; рядомъ съ римскимъ наслѣдственнымъ правомъ—чисто германское, въ формѣ наслѣдственныхъ договоровъ, отказа отъ наслѣдства, наслѣдованія ленныхъ правъ и пр. Но и на развитіе этихъ чисто германскихъ юридическихъ институтовъ римскія воззрѣнія оказали не малое вліяніе. Нельзя не одобрить старанія нѣкоторыхъ германистовъ изложить и развить эти туземные юридическіе институты во всей ихъ первоначальной національной чистотѣ, но необходимо однако, чтобы такой образъ дѣйствія ихъ не противорѣчилъ настоящему уровню нашего юридическаго развитія.

Въ настоящее время въ этой сферѣ уже нѣтъ и не можетъ быть коллизіи римскаго права съ германскимъ. Остатки чисто германскаго права, извѣстные, какъ мы сказали, подъ именемъ частнаго права (deutsches Privatrecht), примѣняются въ назначенныхъ для того областяхъ и не приходятъ въ соприкосновеніе съ римскимъ правомъ, которому также отведена своя сфера, конечно большая, чѣмъ первому. Поэтому нельзя похвалить новѣйшихъ германистовъ за возобновленіе безплоднаго спора о положеніи, занимаемомъ въ Германіи римскимъ правомъ [1]). Если германскому праву суждено получить со временемъ болѣе обширное примѣненіе, то это произойдетъ никакъ не вслѣдствіе разглагольствованій его сторонниковъ, а вслѣдствіе систематическаго, логическаго, внутренняго его развитія. Въ преждевременности этихъ разглагольствованій можно убѣдиться весьма просто: ни одинъ судья не затруднится разрѣшеніемъ дѣла, если онъ руководствуется учебникомъ Пандектъ: эта книга выручитъ его изъ всякаго затрудненія; напротивъ, имѣя въ рукахъ руководство частнаго германскаго права, ему едва ли удастся разрѣшить одинъ процессъ изъ сотни [2]).

Но есть еще одна отрасль отечественнаго дѣйствующаго права, находящаяся въ непосредственной связи съ римскимъ

---

[1]) Эту оппозицію римскому праву слѣдуетъ теперь считать побѣжденною. См. Gerber das wiss. Princip des gem. deutschen Privatrechts 1846, стр. 150 и сл. *Прим. изд.*

[2]) Послѣ того, какъ сочиненіемъ К. Ф. Гербера System des deutchen Privatrechts, а для торговаго права еще прежде сочиненіемъ Тёля (Thoel), этой отрасли германскаго права дана систематическая научная обработка,— выраженія текста представляются нѣсколько преувеличенными. *Прим. изд.*

правомъ и представляющая собою дальнѣйшее его развитіе. Государственное законодательство Германіи неоднократно занималось предметами, входящими въ область гражданскаго права и измѣняло нѣкоторыя отдѣльныя положенія римскаго права; эти измѣненія вообще не многочисленны [1]). Само собою разумѣется, что римское право уступаетъ измѣняющему его германскому закону, если только оно опять не возстановлено какимъ-либо позднѣйшимъ узаконеніемъ.

Гораздо важнѣе тѣ измѣненія, которыя претерпѣло римское право, какъ тотчасъ при его введеніи въ дѣйствіе, такъ и при позднѣйшемъ примѣненіи его, вслѣдствіе вліянія обычнаго права, выражающагося частію въ согласныхъ воззрѣніяхъ писателей, частью же въ практикѣ судовъ. Эти послѣднія измѣненія должны быть также признаны обязательными при примѣненіи римскаго права. Противопоставляя дѣйствующее римское право древнему классическому, мы съ понятіемъ о первомъ соединяемъ и всѣ тѣ измѣненія, которыя претерпѣло древнее право, со времени его рецепціи въ Германіи. Однако необходимо, чтобы новыя воззрѣнія, отличныя отъ постановленій древняго права, дѣйствительно были произведеніемъ обычнаго права, такъ какъ весьма часто случалось, что какое-нибудь простое недоразумѣніе или ложное толкованіе римской доктрины признавалось новою правовою нормою, а произвольное и часто противорѣчащее разрѣшеніе практическихъ случаевъ судомъ считалось за всѣми признанную, образцовую практику. (Объясненіе истиннаго значенія практики для науки см. ниже въ ученіи объ источникахъ права.)

3. Отношеніе римскаго права къ различнымъ мѣстнымъ правамъ.

Намъ прежде всего слѣдуетъ указать на различіе между общимъ и мѣстнымъ правомъ и на тѣ причины, по которымъ мѣстныя, особенныя права получили такое преимущественное значеніе у германцевъ.

---

[1]) Извѣстны слѣдующіе сборники германскихъ законовъ (Reichsabschieden, Reichsschluessen, Reichsdeputationsabschieden): Neue und vollstaendige Sammlung der Reichsabschiede sammt der wichtigsten Reichsschluessen, Frankfurt 1747, 4 fol. Gerstlacher, Handbuch der D. Reichsgesetze in system. Ordnung, 11 т. 1786 г.; особенно важенъ 10 т., заключающій въ себѣ гражданское право. Emminghaus, Corpus juris Germanici academicum, 2 ч., 1844 г. Сводъ измѣненій, происшедшихъ въ римскомъ правѣ, благодаря германскому законодательству, дѣлаетъ Grasz въ своемъ Collationum juris civilis rom. cum recess. imp. rom. germ. и пр., 1723 г. Изъ Пандектъ.

Нѣмецкая нація отличается сильнымъ стремленіемъ къ индивидуализированію и сепаратизму; каждая отдѣльная единица, каковы семья, мѣстечко, провинція, государство, стремится замкнуться не отъ кого-либо чужаго, но отъ своего ближайшаго сосѣда, принадлежащаго къ тому же роду. Это стремленіе настолько сильно, что оно давно бы уничтожило сознаніе единства и общности между членами германской націи, если бы ему не противодѣйствовалъ научный геній, чрезвычайная жажда знаній, которыми настолько богатъ нѣмецкій народъ, что въ этомъ отношеніи не только не уступаетъ другимъ націямъ, но далеко превосходитъ многія изъ нихъ. Всеобщность составляетъ одно изъ условій существованія и развитія науки, всегда возвышающейся надъ частнымъ.

Такое стремленіе къ раздробленію и обособленію высказалось главнымъ образомъ въ политическомъ устройствѣ Германіи и, къ сожалѣнію, въ теченіи нѣкотораго времени оказывало на него гибельное вліяніе. Оно же обусловило важное для насъ различіе общаго права отъ особеннаго, мѣстнаго.

Есть общины (Genossenschaften), которыя выработали свое особенное право и, не смотря на бурный ходъ историческихъ событій, успѣли сохранить за собою часть его. Ступенью выше надъ ними стоятъ отдѣльные города и мѣстечки, имѣющія, кромѣ всѣмъ имъ общаго права, свои собственные, мѣстные законы. Надъ ними въ свою очередь возвышаются права отдѣльныхъ провинцій, которыя хотя уже болѣе отличаются характеромъ всеобщности, но представляются особенными, мѣстными по отношенію къ правамъ отдѣльныхъ германскихъ государствъ, которыя заключаютъ ихъ въ себѣ подобно тому, какъ въ родъ входятъ всѣ отдѣльные виды, взаимно измѣняя и пополняя другъ друга.

Всѣ эти права развились частью непосредственно изъ народнаго сознанія, частью же изъ положительнаго законодательства, когда въ тѣхъ мѣстахъ, въ которыхъ они должны были имѣть примѣненіе, уже существовало гражданское общежитіе. Послѣднія слова относятся именно къ тѣмъ мѣстнымъ правамъ, которыя получили большее или меньшее приложеніе, смотря по величинѣ того государства, для котораго они были назначены.

Всѣ эти права, даже и права отдѣльныхъ германскихъ государствъ, суть мѣстныя, особенныя права. Вообще же особеннымъ правомъ считается всякое такое, которое имѣетъ надъ собою болѣе общее право, развѣтвленіе котораго оно какъ бы составляетъ и къ которому оно относится какъ видъ къ роду. Общимъ же правомъ считается только то, которое служитъ стволомъ, рождающимъ вѣтви, имѣющимъ собственный корень и

не составляющимъ вѣтви другаго права. Итакъ, общее дѣйствующее право есть право, стоящее надъ мѣстными правами и ставящее насъ на вершину объединенія юридическихъ отношеній; это есть краеугольный камень, сдерживающій всѣ частныя права,—корень, ихъ питающій, — стволъ, ихъ поддерживающій. Оторвать ихъ отъ него значило бы отдѣлить ихъ отъ организма, къ которому они прирождены, а послѣдствіемъ такого отдѣленія было бы то, что они или сдѣлались бы для насъ вовсе чуждыми, или преждевременно зачахли и прекратили бы свое существованіе.

Такое обиліе особенныхъ правъ было бы невыносимымъ бременемъ для народа, если бы эти права не находили себѣ объединенія въ высшемъ общемъ правѣ, которымъ они сдерживаются, какъ бы одною, общею связкою; впрочемъ, если ближе взглянуть на дѣло, окажется, что и самыя отклоненія мѣстныхъ правъ отъ общаго не особенно сильны и рѣзки.

Въ составъ общаго права, дѣйствующаго въ Германіи, входитъ и римское право; эта составная часть его имѣетъ особенную важность, какъ вслѣдствіе того, что римское право сдѣлалось по преимуществу предметомъ науки и получило сильное вліяніе на развитіе другихъ правъ, такъ и вслѣдствіе того, что оно есть общее право въ обширнѣйшемъ смыслѣ слова,—именно оно есть общее право Германіи и многихъ другихъ государствъ Европы.

Отношеніе римскаго права къ особеннымъ, мѣстнымъ правамъ вытекаетъ изъ самаго характера его, какъ права общаго, дѣйствующаго. Особенныя права не отмѣняютъ общаго права, стоящаго надъ ними, но въ области своего примѣненія они имѣютъ исключительное значеніе; если произойдетъ коллизія между особеннымъ, мѣстнымъ закономъ и общимъ, то первый исключаетъ примѣненіе послѣдняго въ той сферѣ, въ которой имѣетъ значеніе мѣстное право: Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeines Recht. Степень этого исключенія будетъ зависѣть отъ количества существующихъ особенностей, которыя обыкновенно касаются отдѣльныхъ правовыхъ институтовъ или даже какой-либо одной стороны ихъ.

Въ нѣкоторыхъ германскихъ государствахъ сдѣланъ былъ въ недавнее время пересмотръ мѣстнаго права, вслѣдствіе чего сборники мѣстныхъ законовъ увеличились въ объемѣ. Но весьма ошибется тотъ, кто подумаетъ, что въ равной мѣрѣ увеличилось количество мѣстныхъ правовыхъ особенностей; это расширеніе объема произошло, главнымъ образомъ, вслѣдствіе того, что въ сборники мѣстнаго права включены и узаконенія общаго дѣйствующаго права, съ цѣлію сдѣлать ихъ болѣе доступными

и понятными для судей. При этомъ иной разъ случалось, что законодатели допускали въ сборникѣ превратное изложеніе постановленій общаго права. Но такія неточности, въ виду упомянутаго намѣренія законодателя, не могутъ получить значенія мѣстныхъ особенностей; онѣ должны уступить свое мѣсто вѣрному пониманію общаго права, если только будетъ очевидно, что законодатель включилъ ихъ въ сборникъ, убѣжденный въ ихъ истинѣ и согласіи съ дѣйствующимъ правомъ.

Такое отношеніе римскаго права къ мѣстнымъ правамъ отдѣльныхъ государствъ сохранилось еще и до сихъ поръ въ большей части германскихъ владѣній. Оно выражается въ слѣдующемъ правилѣ: „римское право имѣетъ силу закона, оно дѣйствуетъ какъ принятое право, какъ общее, и уступаетъ частнымъ правамъ только при коллизіи съ ними". Употребленный для выраженія отношенія римскаго права къ мѣстнымъ германскимъ правамъ терминъ: „вспомогательная примѣнимость" (subsidiaere Gueltigkeit) неправиленъ, такъ какъ онъ превращаетъ исключеніе какъ бы въ правило; нельзя сказать, что общее право не примѣняется въ томъ случаѣ, когда въ мѣстномъ правѣ нѣтъ недостатка въ юридическихъ нормахъ, а напротивъ, что общее право примѣняется всегда, лишь бы это не происходило въ ущербъ мѣстному праву.

Съ конца прошлаго столѣтія въ нѣкоторыхъ государствахъ Германіи уничтожено такое отношеніе общаго права къ мѣстному введеніемъ особыхъ законодательныхъ сборниковъ, отнятіемъ у обще-германскаго и римскаго права силы закона и признаніемъ ея за тѣми сборниками. Это произошло:

1. Въ государствахъ, въ которыхъ введено общее прусское земское право. Сюда относятся: большая часть Пруссіи и кромѣ того нѣкоторыя провинціи, которыя ей прежде принадлежали, но потомъ перешли къ другимъ государствамъ, сохранивъ свой прежній юридическій бытъ; напр. франкскія княжества Ансбахъ и Байретъ, восточная Фрисландія и др. [1]).

2. Въ провинціяхъ, въ которыхъ дѣйствуетъ французскій кодексъ (Code Napoleon).

и 3. Въ земляхъ, наслѣдственно принадлежащихъ австрійской монархіи, въ которыхъ дѣйствуетъ собственный австрійскій сводъ.

Отношеніе римскаго права къ правамъ этихъ странъ представляется съ одной стороны болѣе свободнымъ и духовнымъ, чѣмъ въ тѣхъ странахъ, гдѣ дѣйствуетъ общее германское пра-

---

[1]) Это правило утратило свое значеніе послѣ образованія Сѣверо-Германскаго Союза. *Примѣч. изд.*

во, хотя за то съ другой стороны здѣсь является болѣе возможности столкновеній и недоразумѣній.

Тѣ законодательные сборники, о которыхъ мы говорили выше, далеко не самостоятельны; они основаны на римскомъ правѣ и большую часть ихъ содержанія составляетъ изложеніе этого права съ мѣстными отклоненіями. Подобно тому, какъ законодатели могли издать свои сборники только благодаря знакомству съ римскимъ правомъ, такъ и судьи только при такомъ же знакомствѣ могутъ примѣнять ихъ на практикѣ. Могло случиться, что какой-нибудь законодатель предполагалъ, что умъ и знаніе нужны только ему и что судья можетъ быть простою, повторяющею машиною; но мы, въ свою очередь, думаемъ, что юридическое мышленіе законодателя не должно уничтожать самостоятельнаго мышленія судьи, что судья, который не въ состояніи усвоить и развить мысль законодателя, совершенно недостоинъ своего званія.

Юридическій разумъ долженъ имѣть для судьи не меньшее значеніе, чѣмъ законъ. Что бы слѣдовало сказать о лицѣ, которое бы при постройкѣ дома совѣтовало начать со стѣнъ и крыши и вовсе пренебречь фундаментомъ? Какъ нельзя болѣе походятъ на такихъ лицъ всѣ тѣ, которые совѣтуютъ намъ руководствоваться только особеннымъ, мѣстнымъ законодательствомъ и какъ можно менѣе думать о римскомъ правѣ.

Изъ указаннаго соотношенія законодательныхъ сборниковъ отдѣльныхъ государствъ къ римскому праву слѣдуетъ, что это послѣднее должно служить въ судахъ необходимымъ дополненіемъ первыхъ. Судьѣ придется въ безчисленномъ множествѣ сомнительныхъ случаевъ справляться съ юридическимъ созерцаніемъ римлянъ. Только лица крайне невѣжественныя могли думать, что римское право, съ отнятіемъ у него принудительной силы закона, потеряетъ свое практическое значеніе. Совершенно иначе взглянули на это дѣло составители Прусскаго Уложенія: они признали и упрочили за римскимъ правомъ значеніе необходимой, приготовительной штудіи для познанія мѣстнаго права. Постоянно побуждаемые свыше къ его изученію и преподаванію, прусскіе университеты стали относительно гражданскаго правовѣдѣнія на такую высокую ступень, что сравнялись со всѣми прочими университетами. Тѣ же, которые снизу старались противодѣйствовать вышеуказанному стремленію, дѣлали это съ большою для себя опасностью и во вредъ самимъ себѣ.

Система и литература нынѣшняго римскаго права.

§ 9 [1]).

Ни одна отрасль дѣйствующаго права Германіи не избѣгла римскаго вліянія, но особенно сильно отразилось оно на содержаніи и конструкціи гражданскаго права. Нынѣ дѣйствующее гражданское право, насколько оно основывается на римскомъ правѣ, какъ классическомъ, такъ и измѣненномъ послѣдующими законодательствами, — составляетъ предметъ сочиненій, носящихъ названіе Пандектъ. Систематическое изложеніе этого же права служитъ задачею и настоящаго курса. Чѣмъ тверже читатель будетъ помнить, что рѣчь идетъ объ обще-германскомъ и даже переходящемъ за національныя границы правѣ, тѣмъ полнѣе будетъ достиженіе нашей цѣли, тѣмъ менѣе будетъ возможности опустить существенное и непреходящее, удержавъ случайное и измѣнчивое.

Изложеніе римскаго права въ цѣломъ его составѣ, т. е. помимо подробнаго разсмотрѣнія частныхъ отдѣловъ и вопросовъ, предпринималось со времени возрожденія юриспруденціи въ разныхъ формахъ и въ различныхъ направленіяхъ.

Сначала преобладалъ экзегетическій методъ, состоящій въ томъ, что писатели слѣдовали формѣ, порядку и даже ходу мыслей излагаемаго источника права. Такимъ же образомъ читались тогда лекціи и писались лучшія сочиненія; напр. глоссы первыхъ юристовъ XII и XIII в. (глоссаторовъ) представляютъ собою экзегетическое изложеніе отдѣльныхъ мѣстъ юстиніановскаго Corpus juris; комментаріи слѣдующихъ по времени юристовъ XIV и XV в. (комментаторовъ) все еще близко держатся подлинника, но уже содержаніе его излагается свободнѣе и, подъ видомъ объясненій, обсуждается систематически [2]). Экзегетическій методъ оставался преобладающимъ въ XVI в. во французской школѣ, а у юристовъ другихъ странъ, раздѣляющихъ ея воззрѣніе, даже до XVII в. [3]); значеніе его не

---

[1]) Изъ Пандектъ.

[2]) Литературу временъ глоссаторовъ и комментаторовъ см. у Савиньи въ его Geschichte des R. R. im M. A., т. III—VI.

[3]) Изъ сочиненій XVI в. первое мѣсто занимаетъ сочиненіе Куяція († 1590): Opera omnia cura Fabroti, Paris. 1658. 10 fol,—cura L. Ranii, Neap. 1722, 22 fol. (и во многихъ дальнѣйшихъ изданіяхъ). Указаніе на древнѣйшую и позднѣйшую экзегетическую литературу Пандектъ находимъ въ A. Schultingii notae ad Dig. s. Pand. ed. atque animadv. adjecit Smallenburg 1804—35, 7 т. Необходимымъ пособіемъ для экзегетики служитъ Лексиконъ

уменьшилось даже отъ нѣкоторыхъ, сдѣланныхъ въ XVI в., опытовъ систематическаго изложенія всего гражданскаго права по совершенно новому плану [1]). Господство экзегетическаго метода сопровождалось стремленіемъ къ непосредственному и буквальному усвоенію содержанія римскаго права, которое глоссаторы извлекали прямо изъ юстиніановскихъ сборниковъ и включали въ свои сочиненія почти въ полномъ составѣ; школа XVI вѣка старалась очистить римское право отъ схоластическихъ взглядовъ непосредственно предшествовавшихъ ей комментаторовъ и возстановить его во всей чистотѣ съ помощью остатковъ древнѣйшаго права, изученіемъ которыхъ оно отличается отъ школы глоссаторовъ. Французской школой закончился первый періодъ новой римской юриспруденціи, задачей котораго было усвоить имѣющійся матеріалъ и тѣмъ приготовить его для дальнѣйшаго, какъ общаго, такъ и частичнаго изученія.

Уже къ концу XVI в., но рѣшительнѣе въ XVII и XVIII вв., произошелъ въ Голландіи и Германіи переходъ къ болѣе свободному отношенію не только къ самому предмету, но и къ внѣшней формѣ изложенія права. Въ университетахъ стали читать обширныя лекціи и старались въ одномъ годичномъ курсѣ изложить всю систему гражданскаго права. Чтенія происходили въ порядкѣ титуловъ юстиніановскихъ Пандектъ (такъ называемый Ordo legalis, отъ котораго лекціи и получили названіе Пандектъ), впрочемъ подъ каждымъ отдѣльнымъ титуломъ не излагались постановленія безъ всякаго порядка или въ порядкѣ свода, а напротивъ, содержаніе ихъ передавалось систематически, слѣдуя одному извѣстному руководящему началу [2]).

Съ такимъ же характеромъ писались и книги, имѣвшія частью значеніе пособія при лекціяхъ, частью составляющія дальнѣйшее развитіе послѣднихъ (комментатаріи) [3]). Направленіе этихъ

Бриссонія († 1591): de verborum quae ad jus pertinent significatione, въ передѣланномъ изданіи Гейнекція, Hal. 1743. Подобное же сочиненіе, только большаго размѣра, обѣщалъ Дирксенъ въ своемъ manuale latinitatis fontium juris civ. Rom., thesauri latinitatis epitome 1837.

[1]) Fr. Connani ommentarii juris civilis въ первый разъ въ 1553 г.; Hugo Donelli commentarii juris civilis сначала вышли lib. I—X въ 1589 г., за тѣмъ libri XXVIII cura Sc. Gentilis. Подобное же сочиненіе написалъ въ XVII в. французъ Домá (Domat): Les lois civiles dans leur ordre naturel 1659 г.

[2]) Еще раньше школа глоссаторовъ подала примѣръ такого суммарнаго изложенія отдѣльныхъ частей книги Corpus juris (Savigny, Gesch. des R. R. im M. A. V, 28); этотъ примѣръ съ того довольно отдаленнаго времени не нашелъ себѣ достойныхъ подражателей и исполнителей.

[3]) Такъ Wesembecius написалъ Commentarii in pandectas juris civ. et cod. justin. olim dicta paratitla въ 1568 г.; Aucta ab Arn. Vinnio cum notis et observ. R. Bachovii Echtii въ 1649 г. I. Meier, Collegium argetoratense 1616 г.;

сочиненій крайне разнообразно: одни юристы, подъ вліяніемъ духа XVI в., стараются изобразить римское право во всей его чистотѣ (таковы главнымъ образомъ голландцы), хотя нѣкоторые обращаютъ вниманіе и на новое право; другіе (особенно нѣмцы) писали подъ непосредственнымъ или посредственнымъ вліяніемъ комментаторовъ конца среднихъ вѣковъ, сознавая или не сознавая это вліяніе, и частью вовсе игнорировали работы школы XVI в. надъ историческимъ разъясненіемъ новѣйшаго права, частью же пользовались ими только поверхностно. Эти ученые, несмотря на свое стремленіе удовлетворить потребностямъ времени, или не съумѣли, или не хотѣли указать именно на то, что дѣйствительно имѣло практическое значеніе, а предпочли собрать воедино нѣсколько такихъ правилъ, которыя являются лишь теоретическими извращеніями принциповъ римскаго права.

Дальнѣйшимъ шагомъ въ систематическомъ изученіи римскаго права представляется переходъ къ системѣ институцій, которая, при нежеланіи отрѣшиться отъ римскихъ образцовъ, представляла какъ бы болѣе раціональное расположеніе матеріала, чѣмъ система дигестъ. Изъ институцій заимствовалась обыкновенно послѣдовательность изложенія главнѣйшихъ предметовъ; въ размѣщеніи же частностей допускалось чрезвычайное разнообразіе. Такимъ образомъ сначала излагались только непосредственно примѣняемыя постановленія римскаго права; но впослѣдствіи въ сочиненія, изложенныя въ такомъ порядкѣ, стали включать не только позднѣйшія измѣненія римскаго права, но и новѣйшіе правовые институты, не имѣющіе даже римскаго происхожденія [1]). Противъ такого смѣшенія впрочемъ возстали весьма мно-

W. A. Lauterbach, Colleg. theoretico—practicum pandectarum 1696 г.; A. Huber, praelectionum juris civ. tomi tres, изъ которыхъ сюда относятся II и III части 1686, 1699 гг.; I. Voet, comment. ad pandectas 1698, 1704 гг; I. H. Boehmer, introd. in jus digestorum 1704 г.; Ger. Noodt, comm. in XXVII libros digestorum 1716, 1724 гг., I. V. Westenberg. principia juris sec. ord. Dig. 1712 г.; R. I. Pothier, pandectae just. in novum ordinem digestae, 1748 г.; I. A. Helefeld. jurispr. forensis sec. pand. ord. proposita 1764 г.; Ch. F. Glueck, Ausfuehr. Erlaeuterung der Pandecten nach Helefeld, 34 части, доходящія до 28-й книги Дигестъ 1790—1830. г., 2-е изданіе 1845 г.; Ch. F. Muehlenbruch. Fortsetzung des Glueck'schen Commentars—части 35—43 до 29 кн. Дигестъ, 1832—43 г. Дальнѣйшія продолженія его Ed. Fein 44 часть, отд. 1—3. носящія также отдѣльное названіе: das Recht der Codicille 1851—53 г.; C. F. v. Reinhardt. Ergaenzungen zu Glueck's Erlaeut. 4 т. 1833—40.

[1]) Первою книгою такого рода является jurisprudentia romano-germanica forensis G. A. Struve, 1670 г., бывшая (подъ именемъ малаго Струве, въ отличіе отъ большаго изданія, дополненнаго примѣчаніями другихъ ученыхъ и называемаго syntagma juris civilis) до конца XVIII вѣка весьма употреби-

гіе ученые, которые исключали чисто нѣмецкіе юридическіе институты и излагали лишь римскія узаконенія съ ихъ измѣненіями, составляющія дѣйствующее право [1]). Своеобразный способъ изложенія придумалъ Гуго въ своемъ сочиненіи „Институціи нынѣшняго римскаго права 1789 г., но въ послѣдствіи самъ отказался отъ него [2]); Гейзе усвоилъ себѣ эту систему и развилъ ее такъ, что она сдѣлалась господствующею [3]) и легла въ основаніе большей части новѣйшихъ учебниковъ и руководствъ [4]). Послѣдствіемъ измѣнившагося метода преподаванія

тельнымъ руководствомъ ко второму курсу Пандектъ. Подобнымъ же характеромъ отличаются и руководства Тиціуса: (jus privatum romano-germanicum 1709), Бергера (Oeconomia juris ad usum hod. accom. 1712) и Гоэккера (principia juris civilis romano-germanici 1788 г. въ 3 т., изъ которыхъ только первый и 1-е отдѣленіе втораго написаны самимъ Гоэккеромъ). Недавно къ тому же способу изложенія возвратились Россгиртъ: Gemeines deutsches Civilrecht, 3 тома 1840—41 г., и Шмидтъ Handb. des gegenwaertig gelsenden gemeinen deutschen buergerlichen Rechts, особенная часть, томы I и II, 1847—48 г. Разсмотрѣніемъ частныхъ правъ отличается Вехтеръ, Handb. des im Koenigr. Wuertemberg geltenden Privatrechts 1845 г. Поясненіемъ къ нему служитъ: Eroertungen aus dem römischen, deutschen und Wuertemb. Privatrecht тетр. 1—3, 1845—6 г. Энциклопедической формой изложенія отличаются: Блуме, System des in Deutschland geltenden Privatrechts, т. I—1856, т. II—1859 г., 2-е изд. въ 1863 г.; Ферстеръ, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts, т. I 1864—5 г.

[1]) На срединѣ между двумя указанными методами находится система Тибо — System des Pandectenrechts 1803 г. (9-е изд. его, по смерти сочинителя, выпущено Ал. Бухгольцомъ въ 1846 г. въ 2 т.). Но многіе писатели избрали предметомъ своихъ руководствъ для Пандектъ чистое римское право, такъ напр. Мейстеръ (jus romanum privatum idque purum 1813 г., вышелъ только одинъ томъ), Л. А. Варнкёнигъ (commentarii juris romani priv. 1825 г. въ 3 т.), Гаймбергуръ (jus rom. privatum idque purum 1829 г.).

[2]) Lehrbuch des heutigen R. R. 2 изд. 1798 г. (7-е изд. 1826 г.) въ порядкѣ институцій.

[3]) Ей стали вполнѣ подражать тѣ писатели, сочиненія которыхъ были прежде изданы въ порядкѣ институцій: Тибо (прим. 1) начиная съ 8-го изд., Mackeldey (Lehrb. des heut. R. R. 1-е изд. 1814 г., 13-ое изд. Фрица 2 т. 1851 г.)—съ 7-го изд. 1827 г., Мюленбрухъ (doctrina pandectarum 1823 г. въ 3 т.)—съ 3-го изд. 1830 г. и въ нѣмецкомъ изложеніи Мадая (Madai), озаглавленномъ Lehrbuch des Pandectenrechts, 4 изд. 1844 г.

[4]) Простое и полное исполненіе плана Гейзе содержитъ сочиненіе Wening-Ingenheim'a—Lehrbuch des gem. Civilr., 1822 г. 3 т. (5-е изд. вышло въ 1835 г.), къ которому съ 1833 г. Fritz сталъ издавать комментаріи. Болѣе самостоятельными представляются: Schweppe, das R. R. in seiner Anwendung auf deutsche Gerichte 1814 г. (4-е изд. дополненное въ 5 т. вышло въ 1828 г.). Къ нему примыкаютъ Seuffert, Lehrb. des practischen Pandectenrechts 1825 г., Goeschen, Vorlesungen ueber das gemeine Civilrecht изд. въ 1828 г. Erxleben'омъ (2-е изд. безъ перемѣнъ вышло въ 1843 г. въ 3 т.); Arndts, Lehrb. der Pandecten 1852 (5-е изданіе въ 1865 г.); Boecking, Pandecten des roem. Privatrechts aus dem Standpunct unsers heutigen Rechtssystems,

было то, что по примѣру Гейзе руководства стали гораздо короче и ограничивались только указаніемъ на сущность извѣстнаго предмета и на литературные и другіе источники; подробное же развитіе его выпадало на долю устнаго преподаванія [1]), или разрабатывалось въ отдѣльныхъ, дополнительныхъ курсахъ [2]). Говоря, что новое время отличается отъ охарактеризованнаго нами перваго періода юридической науки все большимъ отступленіемъ отъ экзегетическаго метода, отъ подражанія формѣ римскихъ источниковъ, мы этимъ еще вовсе не хотимъ сказать, чтобы свобода изслѣдованія сдѣлала большіе успѣхи, чтобы сущность римскаго права строго была отличена отъ буквы его и чтобы достигнута была та задача, которая имѣлась въ виду упомянутою неутомимою сочинительскою дѣятельностью. Такое направленіе большинства писателей было, вѣроятно, инстиктивной случайностью, такъ какъ истиннаго сознанія необходимости писать такъ, а не иначе въ нихъ не видно. Матеріалъ собирался и располагался въ такомъ порядкѣ (хотя и не вытекавшемъ изъ сущности дѣла, но къ ней приспособленномъ), чтобы можно было легко найти всѣ нужныя узаконенія. Было бы удивительно, если бы кому-нибудь не пришла мысль изложить книгу Пандектъ въ алфавитномъ порядкѣ.

Уже значительный шагъ впередъ представляетъ намъ теорія

или Institutionen des gemeinen deutschen Civilrechts (т. I, 2-е изд. 1853 года, т. II, 1-й вып. 1855 г.); Alois Brinz, Lehrbuch der Pandecten т. I, 1857 г., т. II 1860 г.; Keller, Pandecten-Vorlesungen, изд. Friedberg'омъ въ 1861 г.; Windscheid, Lehrb. des Pandectenrechts, т. I, 1862 г.

[1]) Напр. Gans, System. des roem. Civilr. im Grundr. 1827 г.; Blume, Grundrisz des Pandectenrechts, 1829 г. (2-е изд. съ указателемъ источниковъ вышло въ 1845 г.); Rudorff, Grundrisz zu Vorlesungen ueber das gem. Civilrecht, 1843 г.; Boecking, Pandecten—учебникъ, излагающій въ краткихъ очеркахъ дѣйствующее гражданское право, основанное на римскомъ правѣ (5-е изд. вышло въ 1861 г. съ многочисленными и весьма точными указаніями на литературу и источники). Многія такія сочиненія даже не поступали въ продажу.

[2]) Goeschen, Grundrisz zu Pandecten-Vorlesungen, 1831 г; Puchta, System des gemeinen Civilrechts, 1832 г.; Vangerow, Leitfaden fuer Pandecten Vorlesungen, т. I, 1839, т. II, 1840, т. III, 1847 (7-е исправл. и дополн. изданіе вышло въ 1863 г.); въ своихъ дополнительныхъ курсахъ Вангеровъ излагаетъ главнымъ образомъ контроверсы. Родъ дополнительныхъ курсовъ большаго размѣра представляетъ Sell, roem. Lehre der dinglichen Rechte oder Sachenrechte (1-я часть содержитъ римское ученіе о собственности съ введеніемъ—о вещныхъ правахъ вообще, 2-е изд. вышло 1852 г.) Пояснительныя чтенія къ цѣлой системѣ права обыкновенно выходятъ по смерти профессора, такъ напр. настоящее сочиненіе, составляющее объяснительныя чтенія къ краткому курсу Пандектъ профессора Пухты (изд. подъ заглавіемъ Pandecten von Puchta), издано Рудорфомъ по запискамъ покойнаго Пухты; нѣкоторыя другія подобныя сочиненія указаны въ 4 прим. предш. стр.

общаго гражданскаго права Кирульфа (I т. 1839 г.), замѣчательное сочиненіе, составитель котораго, если бы продолжалъ свой трудъ съ меньшею парадоксальностью, придающею нѣсколько странный характеръ мыслямъ, въ сущности вполнѣ вѣрнымъ, произвелъ бы, вѣроятно, что-либо весьма хорошее [1]). Основаніе для болѣе свободнаго развитія науки дѣйствующаго римскаго права составляетъ замѣчательное сочиненіе Савиньи: „Система нынѣшняго римскаго права", котораго первые 8 томовъ вышли въ періодъ времени отъ 1840—49 г. и содержатъ въ себѣ общее ученіе объ источникахъ права, о лицахъ, о свойствахъ, возникновеніи и прекращеніи юридическихъ отношеній, объ искахъ и возраженіяхъ, о литисконтестаціи, о судебныхъ приговорахъ, о признаніи и присягѣ, о реституціи, о коллизіи юридическихъ нормъ въ пространствѣ и времени [2]). Изложеніе дѣйствующаго римскаго права имѣетъ преимущественно систематическій характеръ, впрочемъ съ примѣсью историческаго элемента, содержащаго исторію римскаго права новѣйшаго времени, представляющуюся по преимуществу исторіею науки нынѣшняго римскаго права, какъ въ полномъ ея объемѣ [3]), такъ и въ отдѣльныхъ ея ученіяхъ и вопросахъ [4]). Древ

---

[1]) Методъ Кирульфа состоялъ въ томъ, что онъ выводилъ отдѣльныя постановленія дѣйствующаго права изъ его же принциповъ и только потомъ сравнивалъ ихъ съ римскими правовыми положеніями, изъясняя и пополняя первыя послѣдними; см. Leist, civilsr. Studien тетр. 12, 1851. Даниквартъ, Neg. gestio, 1855.

[2]) О значеніи этого сочиненія см. статью Пухты въ Jahrb. von Richter und Schneider 1840, стр. 673). Указатель къ нему изданъ O. L. Heuser'омъ въ 1851 г.) Вопросы, составляющіе предметъ особенной части, должны были быть обработаны вмѣстѣ съ обязательственнымъ правомъ въ особомъ сочиненіи, котораго впрочемъ вышло только 2 тома, въ 1851 г. 1 й и въ 1853 г. 2-й томъ.

[3]) До сихъ поръ нѣтъ еще внутренней исторіи науки со временъ глоссаторовъ. Сочиненіе Россгирта „Dogmengeschichte des Civilrechts" даетъ только матеріалы для такой исторіи.

[4]) Споры о частныхъ вопросахъ происходили въ прежнее время въ академическихъ сочиненіяхъ, писанныхъ по различнымъ (торжественнымъ) случаямъ. Пользованіе ими доступно весьма немногимъ, да и можетъ принести весьма мало пользы. Тѣмъ не менѣе были предпринимаемы собранія или исключительно такихъ диссертацій, или диссертацій и другихъ сочиненій, таковы: Tractatus universi juris in unum congesti (tractatus tractatum). Venet 1584 г. 23 fol.; Ever. Otto, thesaurus juris romani 1733—35 г.; G. Meermann, novus thes. etc. 1780. G. Oelrichs, thes. diss. jurid. in acad. belgicis habitarum 1768 г. 2 т., 3 части; Novus thes. etc. 1771 г. 3 т., 2 части; M. A. Barth, Sammlung auserlesener Dissertationen aus dem Gebiete des gem. Civilr. und Civilprocesses 5 т. 1835 г.; Rechtslexicon fuer Juristen aller deutschen Staaten, составл. Арндтсомъ, Бекомъ и др. подъ редакц. Вейске, 1839—61 г., 15 т. Указатель къ нему изд. въ 1862 г. Въ настоящее

нѣйшія и новѣйшія противорѣчія (контроверсы) включались также въ составъ курса Пандектъ, конечно не всѣ, но по выбору, при чемъ масштабомъ служила практическая ихъ важность и научный интересъ, хотя весьма часто выборъ зависѣлъ отъ индивидуальнаго вкуса выбиравшаго. [1]) Не менѣе важный со-

---

время полемика переселилась въ періодическія изданія, которыхъ весьма много и которыя охотно отводятъ громадное мѣсто для нея, при чемъ редакторы, за немногими исключеніями, слагаютъ съ себя отвѣтственность за доброкачественность того, что они предлагаютъ публикѣ, и играютъ скорѣе роль брошюровщиковъ, чѣмъ редакторовъ. Таковы слѣд. періодич. изданія: Civilistisches Magazin—Hugo 1791—1837 6 том ; Magazin fuer Rechtswissenschaft und Gesetzgebung Grolman und Loehr 1800—1844, 4 т.; Zeitschrift fuer geschichtliche Rechtswissenschaft von Savigny, Eichhorn und Goeschen (въ послѣдствіи Klenze, Rudorff) съ 1815 г., т. 1—15; Archiv fuer Civilistische Praxis von Gensler, Mittermaier und Schweizer (къ кототрымъ то присоединялись, то являлись продолжателями: Loehr, Thiebaut, Linde, Muehlenbruch, Waechter, Francke, Vangerow, Renaud), съ 1814 г. т. 1—46. Новая серія изд. въ Дармштадтѣ и въ Лейпцигѣ съ 1864 г.; Reinisches Museum fuer Jurisprudenz von Hasse (товарищами и продолжателями котораго были: Blume, Puchta, Puggi, Bethmann — Hollweg, Boecking, Unterholzner) 1827—35 г., 7 т.; Themis, Zeitschrift fuer practische Rechtswissenschaft von C. F. Elvers 1827—30 г., 2 т.; новая серія изд. съ 1838 г.; Zeitschrift fuer Civilrecht und Civilprocesz von Linde, Marezoll, Wening—Ingenheim (затѣмъ Schroeter) изд. въ Gieszen'ѣ съ 1827 г. т. 1—20; съ 16-го том. издателями были Linde и Schulte 1845—63 г.; Zeitschrift fuer Civil-und Criminalrecht von C. Roschirt, къ которому на нѣкоторое время присоединялся Варнкёнигъ, съ 1831 г. т. 1—6; Jahrbuecher fuer histor. und dogmat. Bearbeitung des R. R. von K. und W. Sell 1841 г. 3 т.; Archiv fuer pract. Rechtswissenschaft von Elvers, Schaeffer, Seitz und Hoffmann (впослѣдствіи Elvers, Emminghaus, Martin) 1 т. 1852 г., 2—10 т. въ 1854—53 г.; Jarbuch des gemein. deutsch. Rechts, издав. Беккеромъ и Мутеромъ (впослѣдствіи Штоббе) 1857—63 г., 6 т.; Jahrbuecher fuer die Dogmatik des heut. roem. und deutschen Privatrechts, изд. C. F. Gerber и R. Ihering 1857—63 г. 6 т.; Zeitschrift fuer Rechtsgeschichte, изд. Rudorff, Bruns, Merkel и Boehlau 1861—65 г. 4 т.; Zeitschrift fuer das gesammte Handelsrecht—Goldschmidt 1858—63 г. 6 том.; Kritische Jahrbuecher fuer deutsche R. W., Richter и Schneider 1837—48 г.; Jahrbuecher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung изд Schletter съ 1854 г ; (Heidelberger) Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft изд. Brinkmann, Deruburg и др. 1852—59, 5 том.; Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenchaft изд. Arndts, Bluntschli и Pözl, Мюнхенъ, 1853—59 г. 6 том.; Kritische Vierteljahrschrift fuer Gesetzgebung и Rechtswiss. Pözl, 1859—63 г., 6 т.

[1]) Въ средніе вѣка были уже собраны контроверсы, издан. Гэнелемъ (Haenel) подъ заглавіемъ Dissensiones dominorum etc. 1834 г. Собиратели контроверсъ новаго времени были: Lueder Mencke, gimnasium polemicum juris etc съ 1689 г ; Sam. de Cocceii, jus civile controversum 1713 г. C. F. Walch, introductio in controversias juris civ. inter recentiores Ictos agitatas 1771 г Въ новѣйшее время Вангеровъ помѣстилъ собраніе контроверсъ въ своемъ Leitfaden (прим. 2, стр. 24). Holzschuher въ своей Theorie und Casuistik des gem. Civilrechts (§ 6, пр. f). Собраніе контроверсъ въ алфавитномъ порядкѣ находится въ Mathiä, Controversen-Lexicon des roem.. Civilrechts 2 тома, 1856—59 г.

ставной элементъ нынѣшняго римскаго права представляетъ практическое приготовленіе судей къ ихъ обязанностямъ посредствомъ разрѣшенія юридическихъ задачъ [1]) въ связи съ экзегетикой, или безъ отношенія къ оной [2]).

---

[1]) Въ связи съ настоящимъ сочиненіемъ находятся слѣд. сборники: Civilrechtsfaelle ohne Entscheidungen Игеринга и Rechtsfaelle zu Puchta's Pandecten Гиртаннера.

[2]) Болѣе подробныя указанія на новѣйшую литературу см. Walther, Handlex. der jurist. Literatur des 19 Jahrh.

КНИГА I.

О ЮРИДИЧЕСКИХЪ НОРМАХЪ[1]).

ГЛАВА I.

ИСТОЧНИКИ ПРАВА.

Возникновеніе права.

§ 10.

Право [2]) есть всеобщее убѣжденіе лицъ, находящихся въ юридическомъ общеніи [3]). Возникновеніе правоваго положенія есть поэтому возникновеніе всеобщаго убѣжденія, имѣющаго обязательную силу и подлежащаго исполненію.

Вопросъ о возникновеніи права имѣетъ громадное, всестороннее практическое значеніе. Вопервыхъ, отъ правильнаго разрѣшенія его зависитъ правильное отношеніе къ праву; ошибки юристовъ и законодателей почти всегда коренятся въ неправильномъ пониманіи условій возникновенія права. Вовторыхъ, первымъ дѣломъ судьи является необходимость убѣдиться въ

---

[1]) Собственно слѣдовало бы сначала установить понятіе о юридическихъ нормахъ, но невѣрность взгляда автора на этотъ предметъ очевидна изъ первыхъ словъ § 10 и далѣе изъ §§ 20 и 21, въ которыхъ нравственность и благо принимаются за нѣчто, стоящее внѣ права. По существу своему право представляетъ собою совокупность принудительныхъ предписаній, которыми охраняется нравственное цѣлое и его развѣтвленія. *Прим изд.*

[2]) Изъ Пандектъ.

[3]) Тренделенбургъ (Naturrecht auf dem grunde der Ethik, 1860 г. § 46, стр. 76) опредѣляетъ право «какъ совокупность всѣхъ общихъ (слѣдовало бы прибавить *принудительныхъ*) нормъ дѣятельности, обусловливающихъ прочность и развитіе нравственнаго цѣлаго (государства) и его развѣтвленій.»

Изъ Пандектъ.

существованіи тѣхъ постановленій закона, къ примѣненію которыхъ онъ призванъ; для этого ему необходимы свѣдѣнія о происхожденіи, объ источникахъ, изъ которыхъ можетъ возникнуть извѣстный законъ и объ условіяхъ такого возникновенія.

Нагляднѣйшимъ источникомъ права являются предписанія законодательной власти въ государствѣ. Было время, когда положительное законодательство считалось единственно разумнымъ и основательнымъ источникомъ права, когда право и законъ считались синонимами, или когда, по крайней мѣрѣ, всякій другой источникъ права считался недостаточнымъ и несовершеннымъ.

Такое воззрѣніе относится къ тому времени, когда, оторвавъ государство отъ его природнаго субстрата — націи, ученые стали теоретически утверждать, что оно основано на произвольномъ договорѣ людей. Можно было бы думать, что этотъ взглядъ на государство былъ выдумкою деспотическихъ правителей, хотѣвшихъ все подчинить своему произволу, но на самомъ дѣлѣ это было не такъ. Этотъ взглядъ былъ отчасти изобрѣтеніемъ тѣхъ лицъ, которые становились во главѣ народа защитниками свободы; но еще и до сихъ раздается такое же мнѣніе со стороны тѣхъ, которые подъ видомъ либеральныхъ идей распространяютъ понятія, опаснѣйшія для истинной свободы.

То положеніе, что законы не составляютъ единственнаго, ни даже важнѣйшаго источника права, — вытекаетъ изъ слѣдующихъ двухъ обстоятельствъ:

1) Ни одинъ судья, какъ бы полонъ ни былъ сводъ законовъ, которымъ онъ руководствуется, не можетъ ограничиться имъ и въ большинствѣ случаевъ нуждается въ другомъ правѣ.

2) Законъ самъ по себѣ уже предполагаетъ существованіе права, которое поэтому не можетъ быть произведеніемъ закона. Законодательство возможно только въ государствѣ; государство же основано на правѣ, родоначальникомъ котораго оно, конечно, поэтому быть не можетъ. И такъ, если кромѣ законовъ есть и другія юридическія нормы, то откуда же происходятъ онѣ? Если судьѣ еще нужны различныя юридическія опредѣленія, откуда же ему взять ихъ?

Кромѣ положительнаго законодательства источниками права служатъ: непосредственное, юридическое убѣжденіе націи, составляющее первоначальный, древнѣйшій источникъ, даже какъ бы самое начало положительнаго права, и наука.

Поэтому правильный взглядъ на происхожденіе права будетъ нижеслѣдующій.

Законы возникаютъ изъ всеобщаго убѣжденія націи, вслѣдствіе котораго всѣ, состоящіе въ юридическомъ общеніи, признаютъ тѣ или другія предписанія юридическими нормами. Это

всеобщее убѣжденіе является естественнымъ путемъ, именно вслѣдствіе одинаковаго пониманія одного и того же явленія всѣми членами общества, благодаря природному сходству образа мыслей. Поэтому право имѣетъ свое человѣческое и историческое происхожденіе въ той естественной связи, которою соединены между собой лица, образовавшія первыя правильныя общества. Это есть связь національная, что подтверждается и различіемъ правъ у разныхъ націй; даже въ одномъ и томъ же народѣ возможны различныя права, и это различіе въ основѣ своей также зависитъ отъ первичныхъ отличій и подраздѣленій въ народѣ.

Члены одного народа соединены общимъ направленіемъ ума, выражающимся въ народномъ характерѣ. Имъ прирождены извѣстныя воззрѣнія и убѣжденія, или, по крайней мѣрѣ, зачатки ихъ и способность къ ихъ воспріятію; въ числѣ ихъ прирождены и юридическія убѣжденія. И такъ право въ своей крайней исторической основѣ покоится на общемъ убѣжденіи народа; право коренится въ волѣ націи (мѣстныя права въ волѣ меньшихъ народныхъ соединеній). Если бы кто подумалъ, что наше воззрѣніе противорѣчитъ божественному происхожденію права, и сталъ защищать это послѣднее, тотъ доказалъ бы, что онъ насъ не понялъ. Мы вовсе не сомнѣваемся въ томъ, что право отъ Бога. Вопросъ только въ томъ, какъ проявляетъ его Богъ. Мы утверждаемъ, что Онъ въ природу націй вложилъ силу создавать право.

Изъ общей народной воли возникаютъ: 1) законы, по которымъ обсуждаются разнообразныя отношенія лицъ другъ къ другу; 2) самое государственное устройство, обезпечивающее дѣйствительное примѣненіе права, охраняющее права, принадлежащія частнымъ лицамъ. Народная воля подчиняетъ членовъ народа извѣстной верховной власти, имѣющей своею задачею реализацію юридическаго порядка. Благодаря такому подчиненію, народъ образуетъ государство.

Сущность нашего мнѣнія состоитъ въ томъ, что оно ищетъ происхожденія права и государственнаго устройства въ силахъ и духѣ цѣлаго естественнаго соединенія — народа. Ни право, ни политическое устройство не возникаютъ по волѣ нѣсколькихъ отдѣльныхъ лицъ, или вслѣдствіе договора ихъ объ образованіи государства и объ установленіи извѣстныхъ законовъ, ибо договоръ самъ по себѣ не имѣетъ творческой силы и можетъ утверждать или измѣнять лишь нѣчто уже существующее въ данный моментъ, — они возникаютъ лишь вслѣдствіе національной воли.

Право не происходитъ отъ государства, но предшествуетъ

его возникновенію. Первоначальнымъ источникомъ права не можетъ также служить верховная власть, сама нуждающаяся въ юридическомъ основаніи — въ правомѣрности и представляющая собою только реализацію юридическаго порядка. Она дѣйствительно вырабатываетъ право, но не служитъ его первоначальнымъ источникомъ. Имъ еще менѣе можетъ быть народъ въ политическомъ смыслѣ — управляемыхъ въ противоположность управляющимъ. По нашему мнѣнію право истекаетъ изъ народа, какъ естественнаго цѣлаго, а не изъ политической корпораціи гражданъ. Политики долгое время спорили относительно двухъ взглядовъ: по мнѣнію одной партіи источникомъ права слѣдуетъ считать верховную власть, по мнѣнію другой — подданныхъ; но и та и другая, равно какъ и тѣ партіи, которыя хотѣли занять благую средину и, отрицая какъ тотъ, такъ и другой взглядъ, ничего своего не установляли, — всѣ онѣ далеки отъ истины и потому вполнѣ безплодны.

Воля націи выражается различными путями:

1) Въ дѣйствительномъ, непосредственномъ сознаніи самихъ членовъ народа, проявляющемся въ ихъ дѣйствіяхъ, составляющихъ какъ бы примѣненіе (Uebung) этого сознанія на дѣлѣ и притомъ примѣненіе непрестанное; такъ раждается обычай — mos, consuetudo, а затѣмъ и *обычное право*.

2) Въ волѣ верховной власти, призванной исполнять и представлять народную волю, называемой въ этомъ отношеніи властью законодательной. То, что выражаетъ законодатель, считается всеобщею волею; постановленіе, въ которомъ выражается эта воля, называется закономъ. Такъ происходитъ *положительное право* (промульгированное).

3) Въ научной дѣятельности. Происхожденіе права изъ непосредственной воли націи и изъ законодательства вполнѣ свободно; все создаваемое этими двумя путями въ частностяхъ не подчинено никакимъ заранѣе составленнымъ опредѣленіямъ (каковы напр. способы пріобрѣтенія права собственности, сроки для осуществленія правъ, условія обязательности договоровъ, управомоченіе къ наслѣдованію). Но и для дѣятельности этихъ двухъ источниковъ права существуютъ извѣстныя границы, создаваемыя разумною его природою; право есть нѣчто разумное, подлежащее въ своемъ развитіи дѣйствію логической необходимости. Если, напримѣръ, законодатель признаетъ право собственности непосредственнымъ владычествомъ человѣка надъ вещью, то онъ тѣмъ же самымъ необходимо долженъ признать и всѣ логическія послѣдствія такого характера этого права; вслѣдствіе своей исключительности право собственности должно, конечно, порождать совершенно иныя послѣдствія, чѣмъ напр. право обя-

зательственное; однако нельзя не сознаться, что по требованію обстоятельствъ возможны и отклоненія отъ такой разумной послѣдовательности.. Эта разумная сторона права даетъ возможность и наукѣ принимать участіе въ его возникновеніи тѣмъ, что она изъ признанныхъ принциповъ даннаго права выводитъ такія юридическія положенія, которыя не выражены ни обычнымъ правомъ, ни положительнымъ закономъ. То, что въ силу внутренней необходимости вытекаетъ изъ существующихъ узаконеній, должно, именно вслѣдствіе разумности права, считаться также волею націи, также правомъ; это право и есть *право науки* (или лучше—наука права).

Эти три способа возникновенія права: непосредственное народное сознаніе, положительное законодательство и наука—называются источниками права (Rechtsquellen); съ ними не должно смѣшивать тѣхъ внѣшнихъ формъ, въ которыхъ право проявляется во внѣ,—внѣшнюю оболочку права, или такъ называемые источники познаванія его (Erkenntniszquellen); эти послѣдніе частію одинаковы для всѣхъ источниковъ права, частью же исключительно принадлежатъ тому и другому роду ихъ.

Между внѣшними формами выраженія права, или источниками познаванія его главное мѣсто занимаетъ письменность; поэтому право раздѣляется на писанное и неписанное —jus scriptum и nec scriptum. Прежде ложно думали, что это дѣленіе соотвѣтствуетъ дѣленію права по происхожденію, писанное—положительному, неписанное—обычному; положительное право можно назвать писаннымъ по преимуществу, ибо оно является уже таковымъ при своемъ возникновеніи; обычное же право, если даже и будетъ записано, не можетъ вслѣдствіе этого сдѣлаться положительнымъ (кромѣ того случая, когда нормы его будутъ включены въ положительный законъ), равно и положительное право не можетъ сдѣлаться обычнымъ, если утратится его грамота.

Обычное право.

§ 11.

Обычнымъ называется то право, которое возникло непосредственно въ народномъ сознаніи. Творя его, народный духъ не пользовался ничѣмъ другимъ, кромѣ настроенія своихъ членовъ, выражающагося въ обычаѣ — usus, consuetudo.

Прежде всего необходимо правильно опредѣлить основу этого права и отношеніе къ нему обычая, такъ какъ всѣ ошибочныя

воззрѣнія на обычное право коренятся въ ложномъ пониманіи этихъ двухъ пунктовъ.

1) Основою обычнаго права служитъ національное юридическое сознаніе; эту основу слѣдуетъ искать въ народѣ, какъ естественномъ соединеніи людей, ибо обычное право есть юридическое убѣжденіе націи, а не воля народа въ политическомъ смыслѣ, въ смыслѣ подданныхъ. Древнѣйшіе юристы, не понимавшіе этого, считали обычное право исходящимъ отъ подданныхъ, а потому неполнымъ и требующимъ санкціи законодателя. Нѣкоторые неосновательно полагали, что для дѣйствительности постановленій обычнаго права нужно спеціальное утвержденіе ихъ верховною властью; большинство же считало достаточнымъ общее соизволеніе, даваемое впередъ, и находило такое дозволеніе въ постановленіяхъ римскаго права, но неправильно, такъ какъ римское право само для Германіи можетъ быть только обычнымъ правомъ. Обычное право предшествуетъ положительному; оно получаетъ силу не отъ авторитета законодателя, но отъ той же самой власти, на которой коренится этотъ авторитетъ; оно дѣйствуетъ потому, что право есть вообще народная воля, а обычное право—первый видъ, ею воспринимаемый.

Но существуютъ и мѣстныя обычныя права, вытекающія изъ юридическаго сознанія отдѣльныхъ частей народа, впрочемъ лишь такихъ, которыя имѣютъ тотъ же національный характеръ и которыя составляютъ естественныя развѣтвленія народа. Когда городъ имѣетъ свое обычное право, то не политическая корпорація является субъэктомъ этого юридическаго сознанія и творчества, а совокупность жителей, на сколько они соединены въ одну духовную семью пространствомъ, сходствомъ потребностей и общимъ происхожденіемъ, вслѣдствіе чего у нихъ и можетъ существовать естественное, прирожденное всеобщее убѣжденіе.

Здѣсь, также какъ и въ государствѣ, часто смѣшивали политическую корпорацію съ естественнымъ цѣлымъ; благодаря такому ошибочному взгляду, обычное право стали основывать на правѣ самоуправленія (автономіи), которое есть нѣчто совершенно отличное; разница между ними заключается именно въ субъэктѣ права, которымъ въ обычномъ правѣ является естественное цѣлое, а въ автономическомъ — искусственное, политическое соединеніе. Есть особый видъ автономическаго права, который по своему негласному происхожденію имѣетъ внѣшнее сходство съ обычаемъ, но въ сущности это совсѣмъ не одно и тоже (см. ниже).

2) Обычное право возникаетъ вслѣдствіе того, что національный духъ зорождаетъ и развиваетъ въ умахъ людей такія юри-

дическія воззрѣнія, которыя они сами признаютъ всеобщими. Такое явленіе происходитъ не вслѣдствіе молчаливаго соглашенія всѣхъ гражданъ, не по какому-нибудь договорному акту ихъ, но вслѣдствіе природнаго единства въ образѣ мыслей всѣхъ членовъ націи; этимъ-то и отличается возникновеніе обычнаго права отъ происхожденія права автономическаго, хотя бы и негласнаго.

3) Отношеніе обычая къ обычному праву соотвѣтствуетъ отношенію внѣшней формы проявленія къ сущности. Обычай есть примѣненіе уже существующаго въ народномъ сознаніи юридическаго правила, находящаго себѣ въ немъ воплощеніе и опору, такъ какъ люди, руководствуясь постоянно какимъ-либо обычаемъ, путемъ непрестаннаго примѣненія одного и того же юридическаго убѣжденія къ разнообразнымъ явленіямъ юридическаго быта, все больше и больше сознаютъ истину этого убѣжденія.

Существуетъ весьма распространенное, но ошибочное воззрѣніе на обычное право; раздѣляющіе его не могутъ ни создать вѣрную теорію обычнаго права, ни правильно пользоваться имъ на практикѣ. Утверждая, что обычай рождаетъ право, послѣдователи этого воззрѣнія какъ бы признали, что тѣло есть начало души и что скорлупа—начало ядра; по ихъ мнѣнію выходитъ, что обычное право есть право, возникающее изъ обычая, что народъ въ теченіи долгаго времени дѣйствуетъ слѣпо и безъ руководящихъ принциповъ, а потомъ вдругъ воображаетъ себѣ, что у него уже существуетъ право. Это воззрѣніе, несмотря на его очевидную невѣрность, долгое время имѣло многихъ послѣдователей, хотя оно на самомъ дѣлѣ представляется нелѣпѣйшимъ смѣшеніемъ внѣшняго признака съ сущностью дѣла; при изслѣдованіи бытія обычнаго права мы исходимъ отъ обычая и его примѣненія, умозаключая отъ него къ существованію права, въ сужденіи же о самомъ правѣ мы идемъ совершенно инымъ путемъ. Такъ напр. по движенію руки или ноги мы заключаемъ о жизни человѣка, но кто же рѣшится утверждать, что это движеніе есть именно причина жизни.

Фактомъ большой практической важности представляется еще и то обстоятельство, что съ обычаемъ мы встрѣчаемся не въ одномъ только обычномъ правѣ; на это слѣдуетъ обращать особенное вниманіе въ тѣхъ случаяхъ, когда въ подтвержденіе какого-либо требованія ссылаются на обычай, когда напр. община обращается съ извѣстнымъ требованіемъ къ тѣмъ изъ своихъ жителей, которые не принадлежатъ къ ея гражданамъ, и требованіе свое основываетъ на обычаѣ. Такая ссылка мо-

жетъ имѣть различное значеніе и рѣшеніе дѣла поэтому можетъ быть весьма различно.

Обычай—consuetudo, usus, есть ничто иное, какъ непрерывное, однообразное, выражающееся во множествѣ непрестанно и одинаково повторяющихся отдѣльныхъ дѣйствій, примѣненіе:

1) права (какъ власти), напр. при установленіи сервитутовъ, при незапамятной давности [1]). Такіе обычаи должны быть обсуждаемы по правиламъ тѣхъ институтовъ, къ которымъ они относятся, а не по началамъ обычнаго права.

2) Правовыхъ опредѣленій, выраженныхъ

a) положительнымъ закономъ; такіе случаи впрочемъ весьма рѣдки, ибо у законовъ есть свой ближайшій источникъ познаванія—грамота.

b) постановленіемъ автономическаго права. Право автономіи—право издавать, помимо законодательной власти, предписанія, имѣющія силу законовъ, съ извѣстными ограниченіями, принадлежитъ: 1) корпораціямъ, насколько ихъ уставы обязательны для третьихъ лицъ; этой обязательности не могло бы быть, еслибъ ихъ постановленія имѣли силу простыхъ договоровъ членовъ корпораціи между собой; 2) присутственнымъ мѣстамъ—для извѣстнаго только рода отношеній, именно тѣхъ, которыя касаются внѣшней формы сношеній съ ними. Особенно обширнымъ было это право у римскихъ преторовъ,—въ такомъ объемѣ не имѣетъ его теперь ни одинъ чиновникъ. Автономическія распоряженія могутъ быть сдѣланы или въ предписанной уставомъ формѣ (Statuten), или негласно, путемъ непосредственнаго соблюденія ихъ (Observanzen). Въ этомъ послѣднемъ случаѣ примѣненіе есть признакъ, по которому познаются постановленія автономическаго права.

c) научнымъ правиломъ. Это бываетъ въ томъ случаѣ, когда научная истина на самомъ дѣлѣ получила всеобщее примѣненіе.

d) постановленіемъ обычнаго права. Въ томъ случаѣ, когда правило, вошедшее во всеобщее употребленіе, имѣетъ своимъ источникомъ непосредственное народное убѣжденіе, только и можетъ быть рѣчь объ обычномъ правѣ.

§ 12.

Познаваніе обычнаго права

Здѣсь прежде всего намъ представляется вопросъ: какими способами можно убѣдиться въ существованіи обычнаго права?

---

[1]) L. 13, § 1. D. comm. praed. (8, 4), L. 1, §. ult. de aqua pluv. (39, 3), L. 1 C. de servit. (3, 34).

Для разрѣшенія его слѣдуетъ сначала опредѣлить цѣль этого познаванія, а затѣмъ уже сами собой выяснятся и способы ея достиженія. Цѣль познаванія — доказать существованіе обычнаго права. Это послѣднее должно быть признано существующимъ тогда, когда будетъ доказано, что извѣстное юридическое правило считается закономъ въ сознаніи народа (всего или извѣстной его части). Намъ, поэтому, слѣдуетъ выбрать такіе способы познаванія, на основаніи которыхъ можно съ достовѣрностью заключать о существованіи всеобщаго юридическаго убѣжденія народа относительно того или другаго вопроса.

Поэтому намъ прежде слѣдуетъ нѣсколько точнѣе опредѣлить понятіе всеобщаго убѣжденія или сознанія народа. Для существованія такого убѣжденія не нужно одинаковости сознанія всѣхъ членовъ извѣстной націи; здѣсь существуетъ естественное представительство всей массы людьми свѣдущими, разумными и опытными. Но и для того, чтобы право во всей своей полнотѣ существовало въ сознаніи всѣхъ развитыхъ членовъ народа, необходимо предположить нѣкоторую несложность жизненныхъ отношеній и простоту самаго права; при дальнѣйшемъ же теченіи жизни народа вся совокупность національныхъ юридическихъ убѣжденій, право во всей его полнотѣ сконцентрируется въ сословіи лицъ, исключительно занимающихся обсужденіемъ и разрѣшеніемъ юридическихъ отношеній, — въ сословіи юристовъ и судей.

Средствомъ познаванія такого всеобщаго юридическаго убѣжденія націи представляется прежде всего естественнѣйшее, необходимѣйшее проявленіе его — примѣненіе. Прежде насчитывали множество условій, которымъ долженъ былъ удовлетворять обычай, — на самомъ же дѣлѣ этихъ условій только два, а потому примѣненіе, какъ средство познаванія обычнаго права, должно имѣть слѣдующія два положительныя свойства [1]):

1) Примѣняться должно юридическое убѣжденіе, основанное на юридическомъ сознаніи самого дѣйствующаго лица (opinio necessitatis), а не на вѣжливости или любезности. Акты, въ которыхъ обнаруживается примѣненіе правилъ обычнаго права, могутъ быть судебные и внѣсудебные; къ первымъ принадлежатъ рѣшенія, примѣняющія то или другое правило — rerum judicatarum auctoritas, судебная практика — usus fori; эти судебные обычаи слѣдуетъ отличать отъ автономическихъ опредѣленій судовъ, касающихся внутренняго распорядка и способовъ дѣятельности — Gerichtsobservanz, stylus curiae. Какъ судеб-

---

[1]) Объ отрицательныхъ свойствахъ см. слѣд. §.

ные, такъ и внѣсудебные акты имѣютъ равное значеніе, однако первымъ принадлежитъ то преимущество, что въ нихъ opinio necessitatis не подлежитъ сомнѣнію. Нѣкоторые ошибочно думали, что судебные акты должны быть непремѣнно actus publici. Такое [1]) условіе публичности примѣненія обычая было установлено потому, что считалось необходимымъ молчаливое признаніе ихъ законодателемъ, который, благодаря этой публичности, получалъ возможность узнать и одобрить или не одобрить извѣстное обычное правило; примѣненіе, по мнѣнію другихъ, должно быть публичнымъ для того, чтобы по молчанію всѣхъ лицъ, въ виду которыхъ оно происходитъ, можно было бы заключить о ихъ согласіи на таковое примѣненіе.

2) Примѣненіе должно быть неоднократнымъ и однообразнымъ; только въ этомъ случаѣ можетъ возникнуть твердое убѣжденіе въ томъ, что оно основывается на всеобщемъ юридическомъ сознаніи. Сколько должно быть извѣстно судьѣ случаевъ примѣненія, чтобы убѣдить его въ существованіи обычая, будетъ зависѣть отъ обстоятельствъ, хотя надо полагать, что три или четыре случая имѣютъ достаточную убѣдительную силу, при чемъ однако нельзя не желать и большаго числа ихъ. Примѣненіе должно быть повторено разными лицами, чтобы можно было убѣдиться во всеобщности сознанія, и въ разныя времена, для доказательства продолжительности и твердости убѣжденія; поэтому въ понятіи обычая заключается представленіе объ извѣстной продолжительности времени — longa consuetudo, usus longaevus, которую въ средніе вѣка ошибочно старались опредѣлить по сроку давности; эта ошибка была санкціонирована каноническимъ правомъ—consuetudo legitime praescripta. Это ошибочное возрѣніе давно уже оставлено, однако условіе продолжительности примѣненія отнюдь нельзя считать отмѣненнымъ. Однообразіе примѣненія не уничтожается вслѣдствіе того, что изрѣдка попадаются нѣсколько противорѣчащихъ фактовъ, такъ какъ отступленія и неправильности въ примѣненіи встрѣчаются даже и по отношенію къ несомнѣннымъ постановленіямъ; но еслибъ эти отклоненія повторялись часто, то такое разнообразное примѣненіе, какъ средство познаванія обычнаго права, потеряло бы свою убѣдительную силу.

Вторымъ способомъ познаванія обычнаго права, который лучше всего соединять съ первымъ, представляется свидѣтельство достовѣрныхъ и свѣдущихъ лицъ о существованіи тѣхъ или другихъ нормъ обычнаго права. Но и одного этого послѣдняго способа достаточно въ тѣхъ случаяхъ, когда напр. невозможно

---

[1]) Изъ Пандектъ.

соединеніе обоихъ вслѣдствіе того, что существованіе извѣстнаго обычнаго правила въ какомъ-либо государствѣ указывается мѣстными юристами, которые однако не подтверждаютъ своихъ мнѣній никакими ссылками на отдѣльные случаи примѣненія этого правила. Неопровержимымъ признакомъ существованія обычнаго права служитъ судебное рѣшеніе, которому предшествовало тщательное изслѣдованіе его судьею. [1])

Наконецъ, существованіе обычнаго права можетъ быть доказано сочиненіями, за которыми признается достовѣрность или вслѣдствіе особыхъ качествъ ихъ составителей, или по оказанной ими пользѣ. Сюда относятся не только сборники обычнаго права, но и указанія на обычаи въ различныхъ сочиненіяхъ; однако въ этомъ послѣднемъ случаѣ нужна особенно строгая критика, ибо краткія замѣтки такого рода, обыкновенно, не точны. Особый источникъ познаванія обычнаго права составляютъ юридическія пословицы, исшедшія изъ устъ народа и въ немъ неизмѣнно живущія.

§ 13.

Недостатки способовъ познаванія обычнаго права.

Обычай и его примѣненіе имѣютъ своего рода авторитетъ при познаваніи обычнаго права, постановленія котораго они собою выражаютъ; но сами они не создаютъ права и не имѣютъ самостоятельнаго авторитета. Поэтому, если бы было доказано, что извѣстное правило не можетъ считаться обычнымъ правомъ, то даже многократное и однообразное примѣненіе его не сдѣлало бы его обычнымъ, оно осталось бы irrelevans factum. Это можетъ произойти:

1) когда примѣненіе извѣстнаго обычая, именно судебное, основывается на согласномъ мнѣніи юристовъ, которые въ данномъ случаѣ однако не могутъ считаться представителями національнаго убѣжденія, такъ какъ они высказываютъ не болѣе какъ доктринальное, научное мнѣніе. Если это послѣднее не вѣрно, то и примѣненіе его не можетъ имѣть значенія обычая, ибо будетъ примѣненіемъ не національнаго убѣжденія, а научной ошибки. Совсѣмъ другое дѣло, если ошибка допущена въ тѣхъ доказательствахъ, которыя приводятся въ подтвержденіе какого-либо правила, само по себѣ существующаго и вѣрнаго [2]). Такъ въ прежнее время старались доказать пу-

---

[1]) См. L. 34 D. de legib. (1, 3).
[2]) Изъ Пандектъ.

темъ ложной интерпретаціи существованіе многихъ постановленій національнаго обычнаго права еще въ правѣ римскомъ и придать имъ значеніе древнеримскихъ законовъ; этимъ однако вовсе не уничтожается значеніе этихъ постановленій, какъ нормъ обычнаго права. Напр., въ средніе вѣка существовало обыкновеніе прикладывать печать въ удостовѣреніе подписи; это обыкновеніе было примѣнено къ завѣщаніямъ и такимъ образомъ возникъ чисто германскій обычай; позднѣйшіе юристы, признавая существованіе такого обычая, выводили его изъ римскаго права, которому было извѣстно только прямое назначеніе печатей; ошибка эта вовсе не уничтожаетъ дѣйствительности самаго обычая.

2) Примѣненіе извѣстнаго правила не можетъ породить обычая, если оно противорѣчитъ предписаніямъ религіи и нравственности; противонравственное обыкновеніе не можетъ считаться выраженіемъ истинной народной совѣсти. Точно также не можетъ быть обычая и въ томъ случаѣ, если какое-либо правило противорѣчитъ юридическому порядку, или высшему праву, котораго оно отмѣнить не можетъ; такъ напр. общее право не можетъ быть отмѣнено мѣстнымъ обычнымъ правомъ, если оно само имѣетъ исключающій характеръ (см. ниже § 17). Нѣкоторые думали, что и вообще обычаи не могутъ противорѣчить закону, что consuetudo legi contraria невозможна; но мы убѣждаемся въ противномъ какъ изъ самой природы вещей, ибо непосредственная народная воля не можетъ быть слабѣе фиктивной воли, представляемой закономъ, такъ и изъ исторіи, указывающей намъ, что безчисленное множество законовъ было отмѣнено обычнымъ правомъ [1]). Всѣ [2]) воззрѣнія, утверждающія, что обычное право такъ или иначе стоитъ ниже права положительнаго, не вѣрны: оба источника права—непосредственное народное сознаніе и положительное законодательство—имѣютъ равную силу; если же иногда правило обычнаго права стушевывается предъ положительнымъ закономъ, то это происходитъ не потому, что. оно есть именно обычное, а вслѣдствіе какихъ-либо другихъ причинъ [3]).

Другіе старались по крайней мѣрѣ ослабить силу обычнаго права, говоря, что оно не дѣйствуетъ при существованіи

---

[1]) См. L. 32 D. de legib. (1, 3), § 11. 1. de jure nat. (1, 2). Nov. 89 c. 15. Ср. прим. I. — [2]) Изъ Пандектъ.

[3]) Многіе хотѣли придраться къ слову desuetudo (L. 32 D. de leg.), но не основательно, ибо desuetudo дѣйствительно противорѣчитъ закону, обычное же право, въ этомъ смыслѣ, могло бы вытѣснить изъ употребленія законъ, и, по его уничтоженіи, не создать ничего новаго. Утверждали также, что указанное мѣсто Пандектъ есть одно изъ основныхъ началъ юридическаго быта

абсолютно повелѣвающихъ или запрещающихъ законовъ (см. ниже § 110). Это мнѣніе стоитъ въ связи съ тѣмъ воззрѣніемъ, которое признаетъ происхожденіе обычнаго права отъ автономіи.

Наиболѣе вѣрно нынѣшнее воззрѣніе, хотя и оно встрѣчаетъ затрудненіе въ объясненіи одного мѣста источниковъ [1]), какъ бы совершенно ему противорѣчащее. Множество попытокъ объясненія и согласованія этого мѣста съ остальными, относящимися къ занимающему насъ вопросу, постановленіями отличаются тѣмъ, что всѣ онѣ допускаютъ произвольныя предположенія, отчасти даже очевидно ложныя. Новѣйшею попыткою является объясненіе Вангерова [2]), будто означенное мѣсто говоритъ о законѣ, которымъ запрещается будущее обычное право; это — нелѣпость: законъ также мало можетъ заранѣе отмѣнить будущее обычное право, какъ и всякій другой будущій законъ.

Согласованіе этого мѣста съ правильнымъ взглядомъ на занимающій насъ вопросъ не имѣетъ большаго практическаго значенія; даже если бы признать несогласіе между ними, то и тогда вопросъ вполнѣ разрѣшится на основаніи внутреннихъ началъ; эти же послѣднія всегда противъ ограниченія обычнаго права. Но такое согласованіе возможно, если отнестись къ дѣлу безъ предвзятой мысли. Тогда окажется, что здѣсь вовсе нѣтъ рѣчи о силѣ обычнаго права. Указанное постановленіе выражаетъ только возможность существованія извѣстнаго обыкновенія (consuetudo) и несуществованія обычнаго права; оно опредѣляетъ, что обычное примѣненіе какого-либо правила, не имѣющаго характера юридическаго постановленія, не можетъ имѣть значенія обычая, ибо у него нѣтъ самостоятельнаго авторитета. Оно выражаетъ собою вкратцѣ ту же мысль, которая составляетъ содержаніе всего этого параграфа и которую я почти словами источника высказалъ въ его началѣ.

Положительное право.

§ 14.

Положительнымъ правомъ называется право, основанное на постановленіяхъ законодательной власти (на законѣ). Условія его возникновенія слѣдующія:

республики, нечаянно попавшее въ Пандекты Юстиніана, которое можетъ быть употреблено этимъ деспотомъ безсознательно въ демагогическомъ припадкѣ; на это мы возразимъ, что государственное устройство не имѣетъ никакого отношенія къ данному вопросу.

[1]) L. 2 C. quae sit l. c. (8,53); ср. прил. I.

[2]) Leitfaden f. Pandecten-Vorlesungen т. I, стр. 28.

1) Законъ долженъ быть волею того лица, которое конституціей государства признано субъэктомъ законодательной власти.

2) Эта воля должна быть выражена въ установленномъ порядкѣ,—промульгирована или санкціонирована.

3) Законъ долженъ быть обнародованъ, публикованъ. Способъ обнародованія устанавливается основными законами. Безъ обнародованія не можетъ быть закона.

Собственно законами называются предписанія верховной власти, содержащія извѣстное правовое правило, по которому долженъ быть обсуждаемъ цѣлый, болѣе или менѣе обширный рядъ случаевъ — leges generales; къ нимъ же относятся предписанія, назначенныя исключительно для извѣстнаго класса людей, напр. солдатъ, женщинъ и пр. — leges speciales, въ отличіе отъ законовъ, обязательныхъ для всѣхъ подданныхъ государства — leges communes.

Законодательная власть имѣетъ впрочемъ право издавать особыя узаконенія для отдѣльныхъ лицъ и предметовъ, имѣющія по отношенію къ этимъ послѣднимъ силу закона. Это — такъ называемыя constitutiones personales; къ нимъ относятся: диспенсаціи (разрѣшенія лицу отступить отъ закона въ одномъ какомъ либо случаѣ), привилегіи (признаніе за лицомъ такого права, котораго бы оно не имѣло по общему законодательству), вообще уступки, снисхожденія (Concessionen), напр. — venia aetatis; но если это преимущество или уступка была выражена такимъ образомъ: при извѣстныхъ условіяхъ совершеннолѣтіе должно наступать раньше, это будетъ уже не снисхожденіе, а общій законъ — lex generalis. Всѣ constitutiones personales не составляютъ источника права вообще, а представляются лишь источниками отдѣльныхъ правъ, и поэтому о нихъ будетъ рѣчь при изложеніи таковыхъ (§ 31).

Всѣ leges generales не относятся къ отдѣльному только случаю, хотя неоднократно общій законъ постановлялся при разрѣшеніи какого-нибудь частнаго случая; это явленіе весьма часто встрѣчалось въ римскомъ правѣ въ декретахъ императоровъ и въ отвѣтныхъ рескриптахъ на запросы и доклады.

Въ формѣ рескриптовъ отчасти даровались различныя преимущества, напр. venia aetatis, arrogatio, legitimatio и пр. Эти то рескрипты и суть главнымъ образомъ constitutiones personales и въ каноническомъ правѣ называются rescripta gratiae, — они употребительны еще и теперь; отчасти же въ нихъ разрѣшались тѣ частные случаи, которые были представляемы на усмотрѣніе императоровъ—rescripta justitiae; эти послѣдніе могли быть какъ personalia, такъ и generalia. Такое вліяніе правителей на юридическую практику (кабинет-

ная юстиція) теперь въ Германіи не допускается, хотя еще встрѣчаются рескрипты, которыми министерства юстиціи стараются повліять на дѣятельность судовъ, или высшіе суды— на дѣятельность низшихъ, таковы напр. rescripta avocatoria, содержащіе отмѣну рѣшенія вслѣдствіе противорѣчія его служебнымъ обязанностямъ судей и пр., rescripta de emendando, издаваемые по случаю аппелляціи и оправданія, безъ выслушанія аппеллянта, допускаемые какъ исключеніе въ нѣкоторыхъ случаяхъ (см. ниже въ ученіи о процессѣ).

Римское право опредѣляетъ самыя формы рескриптовъ, но теперь онѣ не имѣютъ значенія. Постановленія же о сущности ихъ могутъ еще имѣть значеніе какъ по отношенію къ rescripta gratiae, такъ и по отношенію къ rescripta justitiae, насколько теперь существуютъ законы, имъ аналогическіе; правила эти слѣдующія:

1) Противозаконные [1]) и вредящіе общественному благу рескрипты должны считаться какъ бы вовсе неизданными и несуществующими.

2) Рескрипты, опредѣляющіе обязанности судьи при разрѣшеніи извѣстной тяжбы (такъ называемые rescripta justitiae), чтобъ имѣть обязательную силу, должны быть вручены судьѣ и считаются дѣйствующими лишь съ момента врученія; привиллегіи же (такъ называемые rescripta gratiae) считаются дѣйствующими со времени изданія рескрипта. Однако примѣненіе нѣкоторыхъ изъ числа этихъ послѣднихъ можетъ быть отдалено, если они такого рода, что для дѣйствительности требуютъ другаго дополнительнаго акта; такъ напр. погашеніе давностью реституціи in integrum, какъ послѣдствіе привиллегіи venia aetatis, начинается лишь съ того времени, когда несовершеннолѣтній, вслѣдствіе объявленія его совершеннолѣтнимъ, дѣйствительно вступитъ въ фактическое управленіе своимъ имуществомъ.

3) Если рескриптомъ разрѣшается какая-либо тяжба, то это обыкновенно происходитъ вслѣдствіе односторонняго заявленія истца; отвѣтчикъ не выслушивается и истина указываемыхъ фактовъ не изслѣдывается.

Поэтому рескриптъ издается подъ необходимо подразумѣваемымъ условіемъ: si preces veritate nitantur; отвѣтчикъ можетъ требовать провѣрки фактовъ подачею возраженія съ указаніемъ искаженій, сдѣланныхъ истцемъ (praescriptio mendacii); судья обязанъ обратить вниманіе на это возраженіе, хотя бы даже въ рескриптѣ предписывалось ему немедленное его испол-

---

[1]) Изъ Пандектъ, § 14 a.

неніе. Если возраженіе будетъ найдено основательнымъ, то для истца утратится всякая выгода отъ рескрипта.

Означенныя искаженія могутъ быть двухъ родовъ: или указаніе ложныхъ фактовъ (subreptio), или скрытіе истинныхъ (obreptio). Нѣмецкіе юристы несогласны относительно того, на комъ лежитъ обязанность представлять доказательства при praescriptio mendacii; существуютъ два главныхъ мнѣнія: 1) доказывать всегда долженъ отвѣтчикъ, такъ какъ онъ возражаетъ; 2) отвѣтчикъ долженъ доказывать только exceptio obreptionis, а не exceptio subreptionis. Вѣрный взглядъ будетъ слѣдующій: обязанность (onus probandi) доказывать тѣ факты, отъ которыхъ зависитъ разрѣшеніе спора, опредѣляется тѣмъ же порядкомъ, какимъ она опредѣлялась бы въ томъ случаѣ, если бы рескрипта вовсе не было,—это слѣдуетъ именно изъ вышеуказаннаго правила, что въ каждомъ рескриптѣ подразумѣвается условіе „si preces veritate nitantur“ Отвѣтчикъ долженъ доказывать тоже при обыкновенномъ порядкѣ судопроизводства.

Источники познаванія положительнаго права.

§ 15.

Наилучшимъ источникомъ познаванія положительнаго права служатъ грамоты законовъ (Urkunden); изъ нихъ-то судья долженъ почерпать нужныя ему опредѣленія. Но при этомъ важны слѣдующіе два вопроса: 1) есть ли данная грамота дѣйствительно законъ, т. е. правильно выраженная воля; 2) каково содержаніе этой воли? Первое изъ нихъ мы назовемъ бытіемъ (Existenz), второе разумомъ закона (Sinn des Gesetzes).

Вопросъ о существованіи закона зависитъ прежде всего отъ подлинности самой грамоты какъ въ цѣломъ ея объемѣ, такъ и въ отдѣльныхъ составныхъ частяхъ ея (предложеніяхъ, словахъ), то-есть зависитъ отъ того обстоятельства, содержитъ ли она законъ въ томъ самомъ видѣ, въ какомъ онъ былъ изданъ законодателемъ. Чѣмъ древнѣе законъ, тѣмъ легче зародиться сомнѣнію; но оно возможно и относительно новыхъ законовъ, напр. въ случаѣ извращенія закона при первой же его публикаціи вслѣдствіе опечатокъ. Изслѣдованіе подлинности закона технически называется *критикою* его. Если критическая оцѣнка основывается на сравненіи данной грамоты закона съ другими, излагающими его, документами, то это будетъ *сравнительная критика;* если же въ основаніе критики лягутъ другія, внутреннія

или внѣшнія начала, то это будетъ *предположительная критика* (Conjecturalkritik).

Вопросъ о существованіи закона находится въ зависимости и отъ соблюденія формъ, установленныхъ для промульгаціи и публикаціи; изслѣдованіе этого обстоятельства, подобно критикѣ, приходится на долю судьи, обязанность котораго состоитъ въ распознаваніи и примѣненіи права. Такое распознаваніе права естественно предполагаетъ самое бытіе права и его изслѣдованіе. Это правило относится не только къ положительному праву, но и къ обычному.

Относительно этого обстоятельства возникло недавно весьма важное разногласіе, поводомъ къ которому послужили условія дѣйствительности законовъ въ конституціонныхъ монархіяхъ.

Нѣкоторые юристы хотѣли установить слѣдующее различіе:

1) Сомнѣніе въ правомѣрномъ происхожденіи извѣстнаго закона, когда, напр., правитель издалъ законъ безъ участія государственныхъ сословій, а законъ былъ именно такого рода, что требовалъ таковаго участія.

2) Правомѣрность происхожденія закона не подлежитъ сомнѣнію, а сомнительно лишь правильное его обнародованіе.

Они утверждали, что судья, которому придется примѣнять сомнительный законъ, можетъ самъ разрѣшить вопросъ о томъ, соблюдены ли всѣ условія публикаціи закона, но не можетъ браться за разрѣшеніе сомнѣнія перваго рода и потому обязанъ примѣнять законъ, возбуждающій такое сомнѣніе, если только онъ обнародованъ установленнымъ образомъ. Разрѣшеніе вопроса о правомѣрности происхожденія закона судья долженъ предоставить соглашенію между государственными сословіями и правительствомъ.

Такая теорія не только не имѣетъ никакого внутренняго содержанія, но и политически опасна, такъ какъ она отнимаетъ у конституціи весьма важную, даже, лучше сказать, вѣрнѣйшую гарантію. Мы основываемъ свое мнѣніе на слѣдующихъ соображеніяхъ:

1) Неоспоримо то, что судья можетъ распознавать право и поэтому можетъ обсуждать условія его существованія; судья не имѣетъ основанія обращаться за разрѣшеніемъ къ законодательной власти, ибо онъ долженъ руководствоваться лишь дѣйствующимъ правомъ.

2) Установлять какое бы то ни было различіе въ правахъ судьи относительно указанныхъ двухъ условій дѣйствительности закона—чистѣйшій произволъ; конституціонное устройство въ этомъ случаѣ не можетъ имѣть никакого значенія, ибо судьи,

какъ тутъ, такъ и во всѣхъ другихъ государствахъ, имѣютъ одно и тоже призваніе.

3) Теорія эта сама по себѣ не логична; предположивъ разъ, что судья долженъ предоставить разрѣшеніе сомнѣнія правительству и палатамъ, слѣдуетъ допустить, что до разрѣшенія онъ не долженъ примѣнять сомнительнаго закона. Послѣдователи же указанной теоріи совершенно неосновательно говорятъ, что онъ все-таки обязанъ примѣнить спорный законъ.

4) Возраженіе, что въ силу нашего воззрѣнія каждый судъ получитъ значеніе верховнаго государственнаго суда, разрѣшающаго споры между государственными сословіями и правительствомъ, основано на простомъ недоразумѣніи. Судья, примѣняя или не примѣняя извѣстный законъ къ данному случаю, этимъ разрѣшаетъ не вопросъ о бытіи этого закона, не споръ между государственными сословіями и правительствомъ, а лишь подлежащій его разсмотрѣнію процессъ; слѣдовательно онъ не выходитъ изъ предѣловъ своего уполномоченія.

Разумъ закона, изъясненіе (Auslegung), и интерпретація его.

Дѣятельность [1]), направленная на открытіе и уясненіе разума закона, называется изъясненіемъ его (Auslegung) или толкованіемъ (interpretatio) въ нынѣшнемъ смыслѣ слова. Эта дѣятельность имѣетъ характеръ заимствованія: она прямо направлена на простое усвоеніе того правила, которое хотѣлъ выразить законодатель въ изъясняемомъ законѣ; римляне же употребляютъ выраженіе „уяснять разумъ закона“ для обозначенія всей дѣятельности юриста, противополагаемой существующему положительному праву, — дѣятельности не только заимствующей (receptio), ведущей къ разумѣнію, но и производительной, дополняющей и измѣняющей дѣйствующее право (§ 18). Римляне употребляютъ слово interpretatio также для обозначенія отношенія между другими источниками права, напр. для обозначенія того, что законъ дополняется какимъ либо обычаемъ [2]), или распоряженіемъ законодателя; въ этомъ послѣднемъ смыслѣ и говоритъ Юстиніанъ: „solus interpres legum imperator.“ Интерпретировать (въ нашемъ смыслѣ) законъ могъ судья; но въ нѣкоторыхъ случаяхъ самостоятельное

---

[1]) Изъ Пандектъ.

[2]) L. 37, D. de leg. (1, 3).

изъясненіе закона могло сдѣлаться для него невозможнымъ вслѣдствіе того, что разумъ прежняго закона могъ быть подтвержденъ новымъ постановленіемъ законодательной власти, которому судья обязанъ будетъ подчиниться, хотя бы утверждаемый смыслъ закона не соотвѣтствовалъ научному его значенію. Въ такое положеніе поставляется судья или новымъ закономъ, повелѣвающимъ придавать прежнему закону то или другое значеніе (такъ наз. аутентическая интерпретація), или же обычнымъ правомъ (такъ наз. узуальная интерпретація) [1]. Оба эти вида интерпретаціи—аутентическая и узуальная—называются также однимъ именемъ—легальной интерпретаціи, которой противополагается научное толкованіе, не опирающееся ни на какой внѣшній авторитетъ, — доктринальная интерпретація; только этотъ послѣдній видъ будетъ собственно интерпретаціей въ нашемъ смыслѣ слова. Легальная интерпретація установляетъ новое право, имѣющее лишь нѣкоторую связь со старымъ. Законодатель при аутентическомъ толкованіи издаетъ новый законъ, съ приказаніемъ считать его содержащимся въ старомъ [2]; поэтому-то оно и должно удовлетворять всѣмъ условіямъ, которыя требуются отъ новаго закона.

Доктринальную интерпретацію подраздѣлили на грамматическую, изслѣдывающую буквальный смыслъ словъ и предложеній, и на логическую, основанную на умозаключеніи отъ тѣхъ или другихъ фактическихъ данныхъ относительно изслѣдуемаго закона, напр. отъ цѣли его, отъ различныхъ историческихъ обстоятельствъ и проч. Часто эти два вида считались вполнѣ самостоятельными и примѣнимыми въ разныхъ случаяхъ; на самомъ же дѣлѣ здѣсь представляется лишь подраздѣленіе вспомогательныхъ средствъ, употребляемыхъ для толкованія; отдѣльныхъ видовъ интерпретаціи быть не можетъ, а указанные два способа научной интерпретаціи должны быть употребляемы совокупно. Логическая интерпретація, сама по себѣ изъяснительная (декларативная), можетъ, по мнѣнію нѣкоторыхъ, быть или распространительною, или ограничительною (seu extensiva, seu restrictiva), но такое дѣленіе ея неправильно, ибо представляетъ собою смѣшеніе понятій. На самомъ дѣлѣ распространительною или ограничительною называютъ или 1) ту интерпретацію, которая отступаетъ отъ обыкновеннаго смысла словъ, не отмѣняя самаго закона; но такое отступленіе далеко не подходитъ подъ понятіе толкованія; или 2) ту интерпретацію, которая влечетъ за собой дѣйствительное измѣненіе

---

[1] Изъ Пандектъ

[2] Примѣненіе его см. § 111 въ ученіи о примѣненіи новыхъ законовъ.

(Modification) самого закона; этотъ послѣдній видъ толкованія вовсе не подходитъ подъ наше понятіе интерпретаціи (см. § 18).

Изъ правилъ, созданныхъ для критики и интерпретаціи закона, образовалась цѣлая наука—юридическая герминевтика,—наука безплодная, поверхностная, сухая.

Теперь намъ слѣдуетъ указать нѣсколько правилъ, имѣющихъ какъ общее значеніе для толкованія законовъ, такъ и особенно важныхъ для интерпретаціи законодательства Юстиніана.

1) Важнѣйшій принципъ интерпретаціи состоитъ въ слѣдующемъ: законъ есть выраженная воля законодателя; какъ воля не имѣетъ значенія безъ слова, ее выражающаго, такъ и слово ничего не значитъ безъ воли. Чтобы законъ могъ имѣть дѣйствительное значеніе, разумъ его долженъ быть непремѣнно выраженъ въ словахъ (хотя бы употребленныхъ и въ необыкновенномъ ихъ значеніи); слова же должны соотвѣтствовать волѣ законодателя. Поэтому истинная интерпретація не должна давать закону никакого другаго значенія кромѣ того, которое ясно заключается въ словахъ его, а поэтому возможенъ только одинъ видъ интерпретаціи—изъяснительная интерпретація (declaratorische Interpretation).

2) Въ каждомъ законѣ слѣдуетъ различать verba dispositiva s. decisiva, содержащія собственно узаконенія, отъ verba enunciativa s. relativa, излагающихъ мотивъ, цѣль, полезность издаваемаго закона и вообще все то, что не составляетъ существенной его части. Эта второстепенная часть—не болѣе, какъ пособіе для истолкованія первой, важнѣйшей части; пригодность ея будетъ зависѣть отъ степени развитія и способностей составителя закона. Эти изъяснительныя слова въ законахъ позднѣйшихъ императоровъ часто слишкомъ пространны, не имѣютъ никакого юридическаго содержанія, и потому скорѣе затрудняютъ, чѣмъ облегчаютъ интерпретацію. Въ юстиніановскомъ законодательствѣ существованіе, или не существованіе въ законѣ подобныхъ разсужденій о цѣли закона, мотивахъ и проч., не лишено нѣкотораго значенія: несуществованіе ихъ въ извѣстномъ законѣ доказываетъ, что Юстиніанъ при изданіи его не имѣлъ въ виду никакого нововведенія.

3) Если въ законѣ точно опредѣлены случаи его примѣненія, то этимъ самымъ tacite исключается всякая возможность примѣненія его въ другихъ случаяхъ. Такое толкованіе называется argumentum a contrario и допускается напр. относительно правила L. 32 D. de leg. (1, 3): cum lex in præteritum quid indulget, in futurum vetat [3]), или относительно закона о томъ,

---

[1]) Т. е. если преторъ въ своемъ эдиктѣ (lex) скажетъ, что онъ, до исте-

что завѣщанія солдатъ, совершенныя во время сраженія, освобождаются отъ формальностей. Сюда же относится правило: exceptio firmat regulam in casibus non exceptis. Примѣненіе указаннаго аргумента предполагаетъ: a) способность правильно мыслить и вѣрно выражать свои мысли, способность, чуждую, между прочимъ, нѣкоторымъ составителямъ законовъ; b) наличность дѣйствительнаго распоряженія, а не простое историческое указаніе; въ этомъ послѣднемъ случаѣ примѣняется противоположное вышеуказанному правило: unius positio non est alterius exclusio.

4) Большая часть содержанія юстиніановскаго кодекса состоитъ изъ рескриптовъ, представляющихъ собою примѣненіе законовъ къ частнымъ случаямъ. Вѣрное опредѣленіе заключающихся въ нихъ узаконеній весьма часто находится въ зависимости отъ правильнаго пониманія свойствъ того случая, который послужилъ поводомъ къ изданію рескрипта; отъ этого же будетъ зависѣть вѣрное примѣненіе закона въ будущемъ. Такое пониманіе характера даннаго случая можетъ представлять нѣкоторыя затрудненія потому, a) что компиляторы рескриптовъ иногда черезъ-чуръ урѣзывали ихъ и отрывали рѣшеніе отъ существенныхъ обстоятельствъ дѣла и мотивовъ, и b) что съ другой стороны самый случай иногда излагался растянуто, со всѣми незначительными побочными обстоятельствами, не имѣвшими вліянія на его рѣшеніе. Поэтому къ рескриптамъ слѣдуетъ примѣнять весьма осторожно argumentum a contrario.

5) Германскіе юристы обыкновенно держатся правила—ограничительно толковать законы, исправляющіе или измѣняющіе прежнее право (correctorische Gesetze). Это одно изъ худшихъ правилъ интерпретаціи, такъ какъ оно часто можетъ повести къ вполнѣ превратному примѣненію законовъ. Руководствуясь этимъ правиломъ, можно ослабить имѣющуюся въ виду реформу и превратить хорошій законъ въ полумѣру, что всего непріятнѣе и хуже для законодателя. Каждый законъ долженъ имѣть полное свое примѣненіе, все равно — устанавливаетъ ли онъ новое право, или видоизмѣняетъ прежнее. Однимъ словомъ, здравый юридическій разумъ и тактъ должны руководить толкователей закона, а не искусственнымъ образомъ созданныя правила, нужныя только слабымъ головамъ для того, чтобы изба-

---

ченія извѣстнаго времени отъ возникновенія исковаго права (in praeteritum), признаетъ извѣстный искъ, напр. intra annum agere permittam, то изъ этого слѣдуетъ, что по истеченіи этого времени искъ уже допущенъ не будетъ: post annum non dabo. L. 1. pr. D. U. P. (43, 17), Donell. comm. jur. civ. I. 14; Savigny, System, I. стр. 23. 7. *Прим. изд.*

вить ихъ отъ труда думать; впрочемъ такимъ господамъ лучше и не браться за интерпретацію законовъ.

6) Въ Дигестахъ и Кодексѣ есть нѣкоторыя извлеченія изъ древнихъ памятниковъ, которыя, вслѣдствіе болѣе сокращеннаго изложенія, имѣютъ нѣсколько иной смыслъ, чѣмъ въ тѣхъ памятникахъ, гдѣ они находились въ связи съ остальнымъ содержаніемъ; въ этомъ случаѣ является такъ называемая duplex interpretatio [1]. Первоначальный смыслъ узаконенія не имѣетъ никакого другаго значенія, кромѣ историческаго; тогда какъ практическое значеніе юстиніановскаго изложенія громадно. Но для вѣрнаго пониманія этого послѣдняго древнѣйшій текстъ можетъ служить превосходнымъ пособіемъ, вслѣдствіе чего историческому способу интерпретаціи нельзя отказать въ извѣстномъ хотя и не непосредственномъ, практическомъ значеніи.

Научное право.

§ 16.

Право, опирающееся на внѣшнемъ авторитетѣ непосредственнаго народнаго сознанія и положительнаго законодательства, при всемъ своемъ обширномъ объемѣ, не можетъ дать разрѣшенія всему безконечному разнообразію случаевъ, подлежащихъ обсужденію судьи. Необходимость дополненія этого права возникаетъ отчасти изъ того, что въ немъ нѣтъ всѣхъ нужныхъ судьѣ узаконеній, отчасти же и изъ того, что при обширномъ объемѣ положительнаго права увеличивается возможность сомнѣнія относительно смысла нѣкоторыхъ узаконеній и относительно разнорѣчія между ними, такъ что самая обширность положительнаго права обусловливаетъ затруднительность пользованія имъ. Обра-

---

[1]) Напр. въ L. 12 D. de serv. (8, 1) слова: non dubito, quin fundo municipum per servum recte servitus adquiratur имѣютъ въ Corpus juris слѣдующій смыслъ: неспособность юридическаго лица имѣть волю не препятствуетъ ему пріобрѣтать servitutes prædiales, такъ какъ такое пріобрѣтеніе можетъ совершаться посредствомъ рабовъ; въ первичномъ источникѣ ихъ въ древнемъ памятникѣ, возможность пріобрѣтенія ограничивается одними сельскими сервитутами (serv. rusticæ), пріобрѣтаемыми чрезъ mancipatio, а потому допускающими и посредство рабовъ. Ulp. 19, 1, Gai. 2, 96. Въ L. 1 D. de legatis I (30 un.) слова: Per omnia exæquata sunt legata fidei commissis — относились первоначально къ сравненію двухъ видовъ завѣщательнаго отказа лишь въ интердиктѣ quod legatorum L. 1. § 2. 5. D. quod. leg. (43, 3) L. un. C. eod. (8, 3); въ Corpus juris установлено полное равенство ихъ.—Въ L. 20. § 8. D. qui test. (28, 1) слова suprema contestatio первоначально означали nuncupatio testamenti; въ Corpus juris они означаютъ послѣднюю волю лица вообще. *Прим. изд.*

щаться за такимъ дополненіемъ къ законодательной власти судья не можетъ, ибо онъ долженъ судить на основаніи существующаго права, а не по ожидаемымъ еще законамъ.

Само дѣйствующее право содержитъ въ себѣ уже зародышъ своего дополненія въ тѣхъ принципахъ, на которыхъ оно основано, въ той разумности его, которая прочно связываетъ одно постановленіе съ другимъ, какъ причину со слѣдствіемъ.

Осуществить такое дополненіе на дѣлѣ и ввести его во всеобщее сознаніе—задача науки права; эта послѣдняя выясняетъ принципы дѣйствующаго права и выводитъ изъ нихъ новыя, дополнительныя правовыя положенія.

Наука является такимъ образомъ не только истолковательницею закона и обычнаго права, но и источникомъ новаго права, такъ что, рядомъ съ положительнымъ правомъ и обычнымъ, выступаетъ третій источникъ права, отличный отъ двухъ названныхъ, — юриспруденція.

Научное право не основывается на внѣшнемъ авторитетѣ, подобно обычному и положительному правамъ, но на авторитетѣ внутреннемъ, а именно: 1) на разумности дѣйствующаго права, 2) на истинѣ его принциповъ и 3) на истинѣ выводовъ, сдѣланныхъ изъ этихъ принциповъ. Поэтому-то оно и познается по внутреннимъ началамъ, которыми являются — установленіе принциповъ, выводы изъ нихъ и аналогія этихъ выводовъ съ выводами, сдѣланными для однородныхъ случаевъ изъ тѣхъ же принциповъ дѣйствующаго положительнаго права.

Научное право проявляется въ практической и теоретической дѣятельности юристовъ, — въ литературѣ и судахъ; поэтому я далъ ему еще наименованіе права юристовъ; впрочемъ слѣдуетъ различать два вида этого права, что не всегда соблюдали тѣ, которые стали употреблять мой терминъ.

Юристы, въ своей теоретической и практической дѣятельности, имѣютъ двойную функцію.

1) Они — наиболѣе свѣдущіе члены общества въ дѣлѣ права, естественные представители и охранители національнаго юридическаго сознанія; необходимо однако, чтобы успѣшному осуществленію этой функціи не препятствовала приверженность ихъ къ произвольнымъ теоріямъ и нововведеніямъ, или къ устарѣвшимъ рутиннымъ воззрѣніямъ, давно уже пережитымъ націею. Подъ юридическимъ сознаніемъ здѣсь должно разумѣть убѣжденія, выработанныя не научнымъ путемъ, а присущія юристамъ, какъ членамъ націи; это народныя убѣжденія, которыя лишь сосредоточиваются въ юристахъ и выражаются въ ихъ дѣятельности. Это право юристовъ (т. е. проявляющееся посредствомъ юристовъ) есть такое же обычное право,

какъ и то, которое проявляется въ дѣятельности всего народа.

Внѣшнее выраженіе находитъ оно себѣ въ литературѣ — въ формѣ всеобщаго мнѣнія ученыхъ, communis opinio doctorum, и въ судебной практикѣ—usus fori; эти формы проявленія имѣютъ равный авторитетъ съ обычаемъ (consuetudo), такъ-что въ этихъ случаяхъ юристами совмѣстно выражается всеобщее народное убѣжденіе. Этотъ видъ права юристовъ относится, поэтому, не къ научному праву, а къ обычному, гдѣ мы о немъ уже и упоминали.

2) Юристы, какъ носители научной истины, установляютъ и примѣняютъ такія юридическія правила, которыя основаны на внутреннихъ началахъ и имѣютъ значеніе только благодаря ихъ научной вѣрности. Въ этомъ случаѣ право, создаваемое юристами, будетъ научнымъ правомъ. Всеобщее мнѣніе юристовъ и практика имѣютъ здѣсь совершенно иное значеніе, чѣмъ въ первомъ случаѣ; тутъ они также имѣютъ извѣстный авторитетъ, но не внѣшній, а внутренній — авторитетъ научной истины. Убѣжденіе въ правильности извѣстнаго воззрѣнія возникаетъ въ томъ случаѣ, если оно согласно излагается лучшими учеными юристами (communis opinio) и если оно постоянно и однообразно примѣняется на практикѣ (usus fori). Но если добросовѣстный судья твердо убѣдится въ ложности такого воззрѣнія, то онъ обязанъ отказаться отъ него, хотя бы оно въ теченіи цѣлыхъ столѣтій считалось истиннымъ и съ незапамятнаго времени дѣйствовало въ судахъ.

Различіе между этими двумя видами права юристовъ весьма важно. Когда рѣчь идетъ о практическомъ примѣненіи какого-либо правила, то всегда слѣдуетъ поставить вопросъ: примѣняется ли въ данномъ случаѣ обычное право, или научнымъ путемъ созданное правило? Въ чемъ же заключается это различіе?

Въ числѣ узаконеній есть множество такихъ, которыя не имѣютъ внутренняго основанія и подлежатъ вполнѣ свободнымъ и произвольнымъ опредѣленіямъ; таковы напр. цѣлые юридическіе институты, по отношенію къ вопросу о ихъ существованіи: завѣщаніе, давность и проч.; затѣмъ отдѣльныя правила этихъ институтовъ, напр. приложеніе печати къ завѣщанію, подпись свидѣтелей, продолжительность давностнаго срока и т. д.; напротивъ другія правила необходимо вытекаютъ изъ самой природы даннаго института. Узаконенія перваго рода никогда не могутъ относиться къ области научнаго права и всецѣло входятъ въ область или положительнаго, или обычнаго права; примѣненіе ихъ на практикѣ начинается съ обычая и

является впослѣдствіи правомъ юристовъ, основаннымъ на внѣшнемъ авторитетѣ непосредственнаго народнаго сознанія.

Совершенно другое можно сказать о постановленіяхъ втораго рода, имѣющихъ научную основу, научно созданныхъ юристами, но не выраженныхъ прямо ни въ законѣ, ни въ обычномъ правѣ. Практическое примѣненіе этихъ постановленій представляетъ намъ право юристовъ, опирающееся на одинъ внутренній авторитетъ — научную истину. Въ заключеніе укажемъ еще нѣсколько ложныхъ воззрѣній, имѣвшихъ въ свое время нѣкоторыхъ послѣдователей.

Въ средніе вѣка за communis opinio doctorum признавали внѣшній авторитетъ; это, весьма вредно дѣйствующее на развитіе науки, мнѣніе возбудило сильную полемику, которой и удалось окончательно подорвать его кредитъ. Но вскорѣ одно заблужденіе смѣнилось другимъ: такой же внѣшній авторитетъ стали признавать за usus fori. Утверждали (это мнѣніе отчасти удержалось и до настоящаго времени), что если судъ неоднократно рѣшалъ дѣла, руководствуясь однимъ и тѣмъ же воззрѣніемъ, то это послѣднее становится обязательнымъ для него и на будущее время, и технически называли это *авторитетомъ преюдицій* (auctoritas præjudiciorum).

Несомнѣнно, что преюдиціи могутъ подтвердить существованіе истиннаго обычнаго права, но признать это общимъ правиломъ нельзя. Вѣрно также, что судьи, когда рѣчь идетъ о научно выведенномъ правилѣ, не должны слѣдовать всякому новому научному воззрѣнію и тѣмъ колебать правосудіе; они обязаны измѣнять постоянно примѣнявшееся воззрѣніе только тогда, когда рѣшительно будетъ доказана его ложность. Если твердо соблюдать это послѣднее правило, то навѣрно измѣненія въ практикѣ судовъ будутъ не на столько часты, чтобы сдѣлать правосудіе ненадежымъ. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, судъ не долженъ держаться ложнаго воззрѣнія только потому, что оно давнишнее. Такимъ упорствомъ примѣненія отжившихъ правовыхъ положеній обыкновенно отличались старые, отсталые члены коллегій, чѣмъ и возбуждали оппозицію молодыхъ, стремящихся впередъ членовъ, переходившую иногда за должные предѣлы. Тоже бываетъ всегда и вездѣ: крайность одной стороны вызываетъ крайность другой. Постоянныя столкновенія и вѣчная неопредѣленность судебной практики должны быть приписаны не теоретическимъ заблужденіямъ, а только собственному упрямству судей, приводящему къ такимъ результатамъ.

Нѣкоторые ученые увлеклись до того, что преюдиціямъ высшихъ судовъ приписали обязательную силу для судовъ нисшихъ. Такой взглядъ противорѣчитъ самостоятельности суда каждаго

разряда въ исполненіи своего назначенія и уничтожаетъ ту пользу, которую приноситъ правосудію учрежденіе судебныхъ инстанцій [1]).

Методъ [2]) распознаванія (Erkenntniſsz) научнаго права хотя и не опредѣленъ особыми правилами, но составляетъ задачу всей юридической науки. Вообще такое распознаваніе достигается двумя путями: 1) выводомъ нужнаго правоположенія изъ тѣхъ принциповъ, подъ которые подходитъ данный фактъ (юридическая консеквенція); 2) доказательствомъ того, что, при одинаковыхъ фактическихъ условіяхъ, изъ дѣйствующаго права уже неоднократно выводились подобныя же положенія (аналогія).

---

[1]) Въ послѣднее время было высказано, противоположное изложенному въ текстѣ возрѣнію, мнѣніе, что наука не можетъ быть самостоятельнымъ источникомъ права; что для дѣйствительности выведенныхъ ею противоположеній необходимо признаніе ихъ народною совѣстью или положительнымъ закономъ; что пока извѣстное правоположеніе имѣетъ за себя только научную истину, то оно, хотя и вполнѣ вѣрное,—есть не болѣе какъ учебное правило (Lehrsatz, sententia et opinio) — ср. Scheurl, Beitræge. 1852 г., I т. № 4, стр. 121. Это мнѣніе, подобно опровергнутому въ концѣ § 16, основу права видитъ не въ разумности даннаго закона (ratio), а во внѣшнемъ признаніи его. Но кромѣ того, 1) здѣсь повторяется уже опровергнутое въ текстѣ смѣшеніе свободныхъ и необходимыхъ узаконеній, изъ которыхъ послѣднія не нуждаются во внѣшнемъ признаніи потому, что они implicite признаются даннымъ закономъ и лишь должны быть уяснены посредствомъ правильнаго толкованія; 2) Шейрль, разсуждая послѣдовательно, долженъ бы былъ отвергнуть и доктринальную интерпретацію, вслѣдствіе чего онъ сталъ бы на точку зрѣнія Юстиніана (см. § 19, прим. 2; 3) какъ же наконецъ должно извѣстное учебное правило (Lehrsatz) перейти въ народное сознаніе, если судья не прежде можетъ интерпретировать его, какъ послѣ окончательнаго признанія этого правила народнымъ сознаніемъ? *Прим. изд.*

[2]) Изъ Пандектъ.

ГЛАВА II.

ОТНОШЕНІЕ ЮРИДИЧЕСКИХЪ НОРМЪ ДРУГЪ КЪ ДРУГУ.

Отмѣна правоположеній.

§ 17.

Право измѣняемо. Правоположенія постоянно возникаютъ и уничтожаются; одни изъ нихъ видоизмѣняются или вполнѣ отмѣняются другими; такъ называемая clausula derogatoria не можетъ обезпечивать вѣчнаго существованія закона: съ нею и безъ нея законъ все таки подлежитъ прекращенію. Начало и конецъ въ сущности не раздѣльны; прекращеніе стараго права есть уже воспроизведеніе новаго, такъ какъ ново уже то, что старое право перестало дѣйствовать.

Изъ этихъ основныхъ соображеній можно вывести слѣдующіе важные принципы:

1) Отмѣнить извѣстное правоположеніе можетъ только источникъ права; изъятіе же изъ употребленія такого правоположенія, которое допускаетъ произвольное примѣненіе или непримѣненіе со стороны частныхъ лицъ (§ 110), можетъ произойти и по частной волѣ.

Извѣстное узаконеніе можетъ уничтожиться само собою, когда уничтожились условія его существованія. Условія эти могутъ быть или положительно выражены въ самомъ узаконеніи, таковы напр. всѣ срочныя законодательныя опредѣленія, или могутъ подразумѣваться, напр. въ тѣхъ правоположеніяхъ, которыя находятся въ такой тѣсной связи съ другими, что безъ нихъ не имѣютъ никакого значенія; поэтому, съ отмѣною этихъ послѣднихъ, прекращаются само собою и первыя; такая тѣсная связь существуетъ между наказаніемъ за неосновательное разлученіе супруговъ и возможностью частнаго разлученія, или между jus pœnale безъмянныхъ контрактовъ и всею римскою системою договоровъ.

2) Отмѣняющій источникъ права долженъ имѣть силу создать такое правоположеніе, которое по объему и значенію равно отмѣняемому; поэтому мѣстное право можетъ быть отмѣнено

общимъ, но не наоборотъ. При этомъ возможны два случая: a) или общее право допускаетъ мѣстныя отклоненія (таково общее правило); возникшее мѣстное право примѣняется, но не уничтожаетъ соотвѣтствующихъ нормъ общаго права, а только изъемлетъ ихъ въ данномъ случаѣ изъ употребленія; b) или общее право воспрещаетъ мѣстныя отклоненія; такой исключающій характеръ имѣютъ напр. законы о процентахъ, или запрещенія погребать тѣла умершихъ въ городахъ [1]). Въ такомъ случаѣ мѣстное право, доколѣ существуетъ общее. не можетъ имѣть примѣненія, такъ какъ не возможна отмѣна общаго права мѣстнымъ.

3) Позднѣйшее правоположеніе должно быть назначено для отмѣны прежняго; назначеніе это несомнѣнно или когда оно ясно выражено въ новомъ законѣ, или когда одновременное существованіе прежняго и новаго закона не возможно. Иногда же это назначеніе представляется сомнительнымъ и тогда вопросъ разрѣшается посредствомъ интерпретаціи, напр. хотя обыкновенно общее право можетъ отмѣнить мѣстное, однако въ сомнительныхъ случаяхъ такая отмѣна не всегда признается (см. прим. 1).

Новое [2]) правоположеніе, отмѣняющее прежнее, отмѣняетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и всѣ исключенія изъ этого послѣдняго, хотя это бываетъ не всегда; иногда законодатель можетъ имѣть намѣреніе отмѣнить только одно правоположеніе, сохранивъ для новаго закона всѣ прежнія исключенія, какъ это бываетъ напр. въ законахъ о ростѣ (Zinsfusz).

4) Отмѣняющій законъ долженъ быть позднѣйшимъ: jus posterius derogat priori: вотъ почему никакая clausula derogatoria не имѣетъ значенія.

Модификація правоположеній.

§ 18.

Два [2]) юридическихъ правила могутъ находиться въ такомъ отношеніи другъ къ другу, что дѣйствіе одного не уничтожаетъ, а лишь видоизмѣняетъ дѣйствіе другаго. Такое видоизмѣненіе можетъ выразиться двояко: 1) или въ формѣ ограниченія, когда одинъ законъ исключаетъ изъ дѣйствія другаго закона нѣкоторые случаи, когда прежнее правоположеніе остается въ силѣ,

---

[1]) L. 3. § 5 de sepulcro viol. (47, 12).
[2]) Изъ Пандектъ.

новое же присоединяетъ къ нему тѣ или другія исключенія и вообще сокращаетъ область его примѣненія, 2) или въ формѣ распространенія, когда область прежняго правоположенія, благодаря новому закону, расширяется.

Такое отношеніе между двумя правоположеніями особенно часто встрѣчается въ Corpus juris, представляющемъ собою отдѣльныя постановленія и законы, при чемъ весьма часто случается, что какое нибудь постановленіе, повидимому, вполнѣ опредѣленно нормирующее извѣстное юридическое отношеніе, разъясняется другимъ узаконеніемъ, прибавляющимъ къ первому или какое нибудь новое исключеніе, или ограничивающимъ общность его, или же расширяющимъ область его примѣненія посредствомъ распространенія на другіе случаи, которые первоначально не имѣлись въ виду [1]). Это же можетъ случиться не только по отношенію къ постановленіямъ, вошедшимъ въ одинъ сборникъ, но и по отношенію къ отдѣльнымъ законамъ, и даже по отношенію къ положительному закону съ одной стороны и обычному праву съ другой.

Модификація можетъ быть произведена не только обычнымъ и положительнымъ правомъ, но также и правомъ научнымъ, тогда какъ собственно отмѣна закона не можетъ быть произведена этимъ третьимъ источникомъ права, по самой природѣ вещей.

Модификація можетъ сдѣлаться необходимою по внутреннимъ основаніямъ и состоять или въ распространеніи прежняго правоположенія на нѣкоторые новые случаи (напр. предоставленіе права иска petitio tutoris—попечителю, когда таковое необходимо въ интересѣ несовершеннолѣтнихъ), или простымъ ограниченіемъ ихъ (напр. при transactio alimentorum apud prætorem [2]).

Вполнѣ отличны отъ модификаціи тѣ разсужденія и доказательства, которыя имѣютъ въ виду объемъ извѣстнаго правоположенія, могущаго имѣть болѣе пространный, или болѣе тѣсный смыслъ; здѣсь само правоположеніе остается неизмѣннымъ,

---

[1]) Очевиднымъ примѣромъ этого могутъ служить слѣдующія мѣста: L. 85. § 1. D. de R. I. (50, 17): non est novum, ut quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt. L. 3. § 2. D. de his qu. pro non scr. (34, 8):—quæ in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur. L. 98 pr. D. de V. O. (45, 1):—et maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea, quæ recte constiterunt, resolvi putant, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere. На этомъ основывается необходимость сравненія параллельныхъ положеній.

[2]) L. 2. § 29. D. ad S. C. Tertull. (38, 17). L. 8. § 6. D. de transact. 2, 15.

а правильною интерпретаціею устраняется возможность ложнаго пониманія его смысла.

Когда же можетъ быть допускаема модификація правовыхъ положеній?

Мы уже сказали, что въ ней должна чувствоваться внутренняя необходимость. Говоря яснѣе, необходимо доказательство того, что безъ такой модификаціи данное правоположеніе не достигнетъ своей цѣли; такъ, необходимость распространенія доказывается тѣмъ, что исключеніе случаевъ, которые на самомъ дѣлѣ нужно включить, сдѣлаетъ примѣненіе однихъ указанныхъ въ законѣ случаевъ безцѣльнымъ и безразсуднымъ; а необходимость ограниченія — тѣмъ, что примѣненіе извѣстнаго правила къ случаямъ, долженствующимъ быть исключенными, лишитъ это правило значенія и основательности.

Противорѣчія.

§ 19.

Всѣ вышеизложенныя правила объ отмѣнѣ и модификаціи примѣняются въ случаѣ коллизіи между двумя правоположеніями, подъ которою разумѣется такое отношеніе между ними, вслѣдствіе котораго одно изъ нихъ или вовсе несовмѣстимо съ другимъ, или несовмѣстимо при томъ объемѣ, какой имѣетъ это послѣднее.

Примѣненіе этихъ началъ можетъ быть затруднено тѣмъ, что весьма часто не легко бываетъ опредѣлить, которое изъ двухъ правоположеній имѣетъ значеніе отмѣняющаго, или измѣняющаго другое. Въ этомъ случаѣ возникаетъ противорѣчіе между двумя юридическими правилами (Widerspruch, антиномія). Такое противорѣчіе встрѣчается какъ въ Corpus juris, такъ и въ новѣйшихъ законахъ и сводахъ. Какъ же поступать въ такихъ случаяхъ? Правила, которыя мы укажемъ здѣсь, главнымъ образомъ относятся къ юстиніановскому сборнику; примѣненіе ихъ къ другимъ законамъ не представитъ никакого затрудненія.

1. Когда несогласные между собою законы представляются намъ отдѣльными, то понятіе противорѣчія здѣсь собственно неприложимо, ибо позднѣйшій законъ вполнѣ или отчасти отмѣняетъ несогласный съ нимъ предшествующій законъ; противорѣчіе между законами является чѣмъ-то двустороннимъ; въ данномъ же случаѣ вовсе нѣтъ противорѣчія, ибо оба закона даже не существуютъ одновременно; такъ слѣдуетъ разсуждать напр. относительно двухъ отдѣльныхъ новеллъ. Тоже должно сказать и о коллизіи отдѣльнаго закона съ цѣлымъ законода-

тельнымъ сборникомъ, напр. новеллы съ Кодексомъ, Дигестами и Институціями.

Но было бы ошибочнымъ примѣнять, подобно многимъ, только что изложенное правило къ нѣсколькимъ постановленіямъ одного и того же законодательнаго сборника, напр., къ двумъ постановленіямъ изъ Кодекса, изъ Пандектъ и проч., и выводить, что древнѣйшее постановленіе должно уступить новѣйшему, древнѣйшій юристъ—позднѣйшему. Въ данномъ случаѣ, напротивъ, гораздо вѣрнѣе признать противорѣчіе между этими постановленіями, ибо они какъ части одного сборника, существуютъ одновременно. Юстиніанъ прямо предписалъ считать всѣ законы, вошедшіе въ его Corpus juris, кѣмъ и когда бы они изданы ни были, исшедшими отъ него самого [1]).

Съ перваго взгляда представляется болѣе вѣрнымъ обсуждать коллизію между Дигестами и Кодексомъ, между Дигестами и Институціями точно такъ же, какъ обсуждается коллизія между отдѣльными законами потому, что коллизія между различными сборниками законовъ можетъ быть уподоблена коллизіи между отдѣльными законами. Это мнѣніе раздѣлялось весьма многими юристами, признававшими, что Кодексъ стоитъ выше Дигестъ и Институцій. (Съ другой стороны, утверждать, исходя изъ той же точки зрѣнія, что Институціи имѣютъ преимущество предъ Дигестами — вполнѣ неосновательно, такъ какъ, вопервыхъ, оба эти сборника получили силу закона въ одинъ и тотъ же день, и такъ какъ, во-вторыхъ, то обстоятельство, что изложеніе Институцій по формѣ, какъ бы болѣе самостоятельной, чѣмъ изложеніе Кодекса и Дигестъ, утратило всякое значеніе вслѣдствіе вышеуказаннаго предписанія Юстиніана.) Такое отношеніе къ коллизіи между цѣлыми сборниками законовъ, было бы вполнѣ вѣрно, если бы было вѣрно то положеніе, что здѣсь идетъ рѣчь объ сборникахъ отдѣльныхъ, но характеръ юстиніановскаго законодательства опровергаетъ это положеніе. Кодексъ, Дигесты и Институціи слѣдуетъ считать лишь частями одного сборника; въ каждой изъ этихъ частей содержится какой-либо существенный элементъ дѣйствующаго права,—онѣ служатъ основаніемъ другъ другу и взаимнымъ дополненіемъ; Институціи представляютъ собою только извлеченіе, сдѣланное для преподаванія римскаго права; только благодаря простой случайности онѣ не были обнародованы одновременно съ другими частями Corpus juris; намѣреніе же законодателя было—дать имъ одновременно съ Пандектами и пр. примѣненіе, такъ какъ ни одна изъ составныхъ частей свода

---

[1]) Const. Deo auctore § 6. 8, Const. Tanta § 10, 20.

Corpus juris не имѣетъ вполнѣ самостоятельнаго содержанія. Поэтому коллизія между этими частями будетъ также противорѣчіемъ, антиноміей, какъ и коллизія между двумя отдѣльными мѣстами Кодекса, и принципъ первенства изданія не долженъ здѣсь имѣть примѣненія.

2. Противорѣчіе, или коллизія между одновременно существующими правоположеніями, можетъ быть только кажущимся въ томъ случаѣ, когда помощью интерпретаціи возможно соглашеніе, когда послѣ правильнаго изъясненія оба закона перестаютъ исключать другъ друга; такъ напр., когда окажется, что въ обоихъ законахъ въ сущности рѣчь идетъ о различныхъ предметахъ (напр. L. 2 C. quae sit longa consuet. 8. 53 и L. 32 D. de legib. 1, 3), или что одно узаконеніе прямо предназначено для видоизмѣненія другаго, или наконецъ что одинъ законъ имѣетъ лишь историческое значеніе, тогда какъ другой имѣетъ значеніе дѣйствующаго права (см. § 425). Большая часть противорѣчій въ Corpus juris относятся къ кажущимся и обусловливаются лишь недостаточностью толкованія.

3. Истиннымъ противорѣчіемъ будетъ лишь такое, которое нельзя устранить помощью интерпретаціи: послѣдствіемъ такой антиноміи является взаимная отмѣна двухъ законовъ, имѣющихъ одинаковое значеніе и право на примѣненіе. Поэтому вопросъ, оставшійся вслѣдствіе противорѣчія постановленій положительнаго права, неразрѣшеннымъ, долженъ быть рѣшенъ на основаніи какого-либо изъ двухъ другихъ источниковъ права.

Ученый Лёръ (Loehr) [1]) полагалъ, что судья въ такихъ случаяхъ долженъ всегда обращаться къ законодателю. Такой порядокъ могъ существовать во времена Юстиніана, при тогдашней кабинетной юстиціи, и дѣйствительно былъ имъ установленъ по отношенію ко всѣмъ вообще неяснымъ узаконеніямъ [2]); но въ наше время совершенно невозможно признать за судьею право для разрѣшенія даннаго случая требовать изданія новаго закона. Въ Пруссіи обнародованъ былъ законъ, подобный указанному юстиніановскому, но вскорѣ затѣмъ отмѣненъ. Такое быстрое сознаніе негодности его было обусловлено его практической непримѣнимостью: министерство юстиціи, какъ бы обширно оно ни было, не могло бы разрѣшить всѣхъ, возбуждаемыхъ этимъ закономъ, сомнѣній. Впрочемъ мнѣніе Лёра было произведеніемъ своего времени, такъ какъ тогда не хотѣли знать никакого другаго источника права, кромѣ положи-

[1]) Magazin fuer Rechtswissenschaft und Gesetzgebung III. 7. (1818 г.) стр. 211.
[2]) L. 2 § 18. 21. C. de vet. jure enucl. (1, 17).

тельнаго законодательства. Это мнѣніе не вѣрно потому, что есть особый источникъ права, спеціально назначенный для дополненія положительнаго законодательства—юриспруденція.

Общій выводъ изъ всего предъидущаго слѣдующій: въ случаѣ противорѣчія законовъ относительно какого-либо казуса, этотъ послѣдній долженъ быть разрѣшенъ такъ, какъ будто бы о немъ въ положительномъ законодательствѣ ничего не было сказано, т. е. на основаніи внутреннихъ началъ, на основаніи научнаго права [1]).

---

[1]) Къ тому же выводу приводитъ насъ и исторія положительнаго права. Gai. I, 7, § 8 I. de jure nat. (I, 2 ; ср. Scheurl, Beitr. I, 4. (1852 г.) стр. 129.
Прим. изд.

ГЛАВА III.

ОТНОШЕНІЕ ЮРИДИЧЕСКИХЪ НОРМЪ КЪ НЕЮРИДИЧЕСКИМЪ ПРИНЦИПАМЪ.

Нравственность и религія.

§ 20.

Человѣческія дѣйствія опредѣляются не только юридическими нормами, но и правилами нравственности и религіи. Однако [1]) обсужденіе извѣстныхъ отношеній съ юридической точки зрѣнія вполнѣ самостоятельно и отлично отъ обсужденія ихъ съ точки зрѣнія нравственной и религіозной, такъ что дѣйствіе, являющееся противонравственнымъ и противорелигіознымъ, въ то же время можетъ не считаться противнымъ праву, противозаконнымъ.

Но въ данномъ случаѣ, какъ и вообще, слѣдуетъ избѣгать крайностей. Право, которое прямо признало бы всѣ безнравственныя дѣйствія противозаконными, утратило бы съ одной стороны свою самостоятельность, перестало бы быть независимымъ принципомъ, съ другой стороны не принесло бы пользы нравственности и религіи, такъ какъ оно своею внѣшнею принудительностью уничтожило бы свободу совѣсти [2]). Впрочемъ право не можетъ, безъ опасенія за собственную самостоятельность, оказывать помощь никакому направленію, враждебному нравственности и христіанству; оно не должно опускаться до пособничества безнравственности; поэтому не можетъ быть юридически оправдано и защищено дѣяніе, представляющееся противонравственнымъ. Тѣмъ менѣе, конечно, можетъ само право предписывать что-либо безнравственное и противорелигіозное.

---

[1]) Изъ Пандектъ.

[2]) L. 18. D. de poen. (48, 19): Cogitationis poenam nemo patitur. Но это относится только ко всему чисто внутреннему, не могущему быть послѣдствіемъ принужденія. Въ проявившихся во внѣ дѣйствіяхъ право обращаетъ вниманіе на мотивъ, на dolus и culpa, bona fides, causa. *Прим. изд.*

Но съ другой стороны право, равнодушно относящееся къ правиламъ нравственности и религіи и изолирующееся, будетъ мертвымъ, непригоднымъ для дѣйствительной жизни и неразумнымъ отвлеченіемъ [1]).

По отношенію къ занимающему насъ вопросу, я укажу слѣдующія правила, которыя впрочемъ будутъ подкрѣплены доказательствами при дальнѣйшемъ изложеніи.

1. Многія отношенія, имѣвшія первоначально чисто нравственный характеръ, сдѣлались въ послѣдствіи юридическими, таковы напр. бракъ, отношенія между родителями и дѣтьми. Хотя юридическая конструкція ихъ не имѣетъ въ виду превратить всѣ нравственныя обязанности, изъ нихъ вытекающія, въ юридическія, но она не должна препятствовать нравственному развитію и, подъ личиною права, нарушать правила нравственности.

2. Когда право призываетъ себѣ на помощь религію и нравственность, напр. въ обязанности говорить только истину при представленіи доказательствъ, тогда безнравственность должна дурно повліять и на юридическое положеніе лица, напр. на правоспособность его быть свидѣтелемъ, занимать государственныя должности и т. п.; сюда же относятся случаи заключенія договоровъ, основанныхъ на обоюдной честности и нравственности.

3. Достоинство права требуетъ, чтобы оно отказывало въ своей защитѣ тѣмъ случаямъ, которые могли бы выставить его пособникомъ безнравственности,—напр. при обязательствахъ на совершеніе безнравственнаго дѣйствія; хотя право не можетъ предупредить безнравственности, но оно и не должно оказывать ей своей помощи

Благо.

§ 21.

Право [2]) имѣетъ своею задачею способствовать человѣческому благу, которое становится такимъ образомъ однимъ изъ

---

[1]) Упомянутое въ текстѣ полное отдѣленіе нравственности отъ права (начавшееся съ Томазіуса) не только чуждо римлянамъ (pr. I. de just. et jure 1, 1), но и само по себѣ не вѣрно; Trendelenburg въ своемъ Naturrecht auf dem Grunde der Ethik (1860 г. § 45, стр. 76), говоритъ: „Мнимая самостоятельность всего юридическаго, считавшаяся успѣхомъ въ наукѣ, не только уничтожила право въ теоріи, но и совлекла съ него его достоинство въ практической жизни, породила представленіе о правовомъ механизмѣ и извратила юридическія понятія“. *Прим. изд.*

[2]) Изъ Пандектъ.

принциповъ права. Содѣйствіе это совершается посредствомъ возвышенія всеобщаго равенства надъ индивидуальными различіями людей и обстоятельствъ. Такимъ образомъ задачею права является не благо индивидума, а благо цѣлаго народа; основнымъ же характеромъ права, ratio juris,—владычество равнообязательнаго для всѣхъ правила надъ индивидуальными потребностями.

Поэтому право, какъ бы совершенно оно ни было, легко можетъ придти въ столкновеніе съ личнымъ человѣческимъ благомъ; такая возможность вытекаетъ изъ самой природы права, ставящаго, какъ мы уже сказали, равенство людей, равномѣрное распредѣленіе всѣхъ благъ между ними, надъ всѣми индивидуальными людскими различіями. Важною задачей представляется такъ развить право, чтобы не произошло превращенія отвлеченнаго равенства въ фактическое неравенство, формальнаго права въ матеріальную неправду, выражаемаго словами: summum jus—summa injuria. Отвлеченно одинаковое отношеніе къ богатому и бѣдному, холостому и семейному, можетъ именно потому сдѣлаться неравенствомъ, что одному вслѣдствіе его личныхъ обязательствъ гораздо труднѣе исполнить требованія закона, чѣмъ другому. Право, въ силу своего принципа равенства, можетъ принудить нуждающагося, трудолюбиваго отца семейства къ уплатѣ долга богатому, праздному и безполезному, какъ себѣ, такъ и обществу, холостяку; тогда какъ можетъ быть справедливѣе было бы отнять что-либо отъ излишка послѣдняго въ пользу перваго.

Но дѣлать индивидуальное благо частныхъ лицъ вполнѣ обязательнымъ для права, значило бы уничтожать самое право, хотя съ другой стороны не менѣе вѣрно и то, что право не должно вредить индивидуальному благу, такъ какъ безъ индивидуальнаго невозможно и общее благо. Для достиженія этой цѣли существуютъ два пути, одинъ болѣе, другой менѣе совершенный:

1) Чистое право строится такимъ образомъ, чтобы оно удовлетворяло требованіямъ индивидуальнаго блага въ той мѣрѣ, въ какой отъ этого послѣдняго зависитъ и общее благо; это право называется *справедливымъ правомъ*—æquum jus (billiges Recht); справедливость его заключается въ уваженіи индивидуальности въ лицахъ и ихъ отношеніяхъ. Но такая уступка требованіямъ справедливости кромѣ внутренней грани, состоящей въ томъ, что право не должно терять своего собственнаго характера и что индивидуальное благо должно обусловливать благо общее, имѣетъ еще внѣшнія границы: иногда отвлеченная послѣдовательность удерживается намѣренно (strictum jus), именно когда

непреклонная строгость является даже болѣе полезною для общаго блага. Были юристы, которые довели такъ называемую æquitas cerebrina слишкомъ далеко, напр. Лейзеръ, что ни въ какомъ случаѣ не должно быть допускаемо [1]).

Въ æquum jus самыя юридическія отношенія, содержащія признаніе и уваженіе индивидуальности, слагаются такимъ образомъ, что соотвѣтствуютъ требованіямъ справедливости; сюда относятся: вліяніе личнаго неравенства на дѣеспособность, опека, условія давности исковой и земской, обезпечивающія всякое заботливое лицо отъ всѣхъ возможныхъ ущербовъ, защита противъ обмана (dolus) въ договорахъ и мн. др. Во всѣхъ этихъ случаяхъ справедливость проникаетъ самое право.

2) Съ другой стороны справедливое право допускаетъ нѣкоторыя исключенія въ пользу извѣстныхъ лицъ и отношеній; эти исключенія образуютъ совершенно особенный, отличный отъ основнаго характера права, юридическій институтъ, такъ что справедливость здѣсь уже не проникаетъ право, но противопоставляется ему въ формѣ особеннаго права, называемаго jus singulare; права, даруемыя имъ, носятъ названіе privilegia, въ этомъ смыслѣ слова (ср. § 30—31), beneficia juris; чистое же и равно обязательное для всѣхъ право называется jus commune. Поясню сказанное примѣромъ. Существуютъ лица, которыя, вслѣдствіе природной неопытности или легкомыслія, могутъ потерпѣть много вреда въ жизни. Право не можетъ примѣнить къ нимъ принципъ равенства; однимъ изъ способовъ охраненія этихъ лицъ отъ угрожающихъ имъ въ жизни невыгодъ, было бы — сравнить ихъ съ несовершеннолѣтними лицами и подчинить ихъ опекѣ; другимъ способомъ — было бы признать ихъ полноправными лицами, но въ то же время отвращать отъ нихъ всѣ невыгоды ихъ положенія особенными, исключительными средствами (in integrum restitutio, S. C. Vellejanum, lex Anastasiana).

Такимъ образомъ jus commune не только — строгое право, strictum jus, но и справедливое право, jus æquum, если только эта справедливость не стоитъ на ряду съ нимъ, какъ исключеніе, а воспринимается имъ. Правила, что несовершеннолѣтній не можетъ обязываться безъ согласія своего попечителя, что онъ защищенъ противъ обмана, что намѣреніе взять съ него лишнее уже считается за намѣреніе обмануть (чего не бываетъ по отношенію къ взрослымъ), — относятся къ jus commune; но возвращеніе несовершеннолѣтняго in integrum по

---

[1]) Это несогласно и съ Австрійскимъ Уложеніемъ; часть I, титулъ 13.

причинѣ невыгодности сдѣлки будетъ уже особеннымъ правомъ, исключеніемъ, jus singulare.

Весьма распространено мнѣніе, что всякое особенное право слѣдуетъ толковать ограничительно (stricte); но въ этомъ мнѣніи замѣчается смѣшеніе интерпретаціи въ нынѣшнемъ смыслѣ слова съ римскою interpretatio (см. выше). Если идетъ рѣчь о *разумѣ* какого-либо постановленія, относящагося къ области jus singulare, то для уясненія его нѣтъ никакихъ другихъ правилъ, кромѣ тѣхъ, которыя существуютъ и для jus commune. Ни одинъ законъ не даетъ судьѣ права ограничивать дарованное законодателемъ преимущество. Но такъ какъ jus singulare введено contra rationem juris и основано единственно на внѣшнемъ авторитетѣ, а не на наукѣ права [1]), то оно и не можетъ быть распространяемо на случаи, для которыхъ оно прямо не установлено, какъ бы велика ни казалась необходимость такого распространенія [2]). Научное право, какъ основанное на ratio juris, не можетъ здѣсь имѣть мѣста, а потому и случаи, не указанные въ законѣ, составляющемъ jus singulare, не должны быть разрѣшаемы путемъ распространенія этого особеннаго закона [3]).

---

[1]) L. 16. D de legib. (1, 3).

[2]) L. 14. D. eod. L. 162. D. de R. J. (50, 17).

[3]) Это правило упускаютъ изъ виду тѣ ученые, которые признаютъ не подраздѣленіе на jus strictum, æquum и singulare, а лишь дѣленіе права на послѣдовательное и непослѣдовательное (консеквентное и неконсеквентное), напр. Thoel, Einleitung in das deutsche Privatr. 1851, § 38, стр. 107, прим 2. Приводимое ими основаніе сравненія jus æquum съ jus singulare, состоящее въ томъ, что первое изъ нихъ приноситъ, подобно второму, свою послѣдовательность въ жертву обстоятельствамъ,—не даетъ еще права вывести заключеніе, что для особеннаго права остается одинъ чисто формальный признакъ: его исключительность. Оно кромѣ того сохраняетъ характеръ правоположенія свободнаго, неспособнаго къ внутреннему обоснованію. *Прим. изд.*

КНИГА II.

О ЮРИДИЧЕСКИХЪ ОТНОШЕНІЯХЪ.

ГЛАВА I.

ЛИЦА.

Понятіе о лицѣ.

§ 22.

Прежде всего мы считаемъ необходимымъ сдѣлать общій обзоръ содержанія всей второй книги настоящаго сочиненія и указать на отношеніе этой книги къ первой.

Право, какъ всеобщая воля народа и государства, слагается изъ юридическихъ нормъ, имѣющихъ своимъ предметомъ тѣ отношенія людей другъ къ другу, въ которыя они вступаютъ въ силу своей юридической свободы, т. е. отношенія юридическія. Въ каждомъ юридическомъ отношеніи важны слѣдующіе четыре элемента: субъэктъ, внутреннее содержаніе, возникновеніе или измѣненіе и охраненіе; разсмотрѣніемъ ихъ мы и займемся въ первыхъ четырехъ главахъ этой книги.

Начнемъ съ субъэкта.

Субъэктами юридическихъ отношеній представляются люди юридически свободные; юридической же свободой называется та свобода, которая принадлежитъ человѣку, какъ истинному субъэкту права. Она есть истинное владычество (reine Macht, Wille in der Potenz) и даетъ лицу возможность поставить всякій предметъ въ извѣстное къ себѣ отношеніе,—подчинить его себѣ.

Такое понятіе о субъэктѣ представляется отвлеченіемъ отъ безчисленнаго множества естественныхъ различій и индивидуальныхъ особенностей, свойственныхъ человѣку. Это отвлеченіе обозначается терминомъ *лицо*, которымъ выражается юридическое положеніе человѣка,—положеніе его въ сферѣ права. Выраженіе «человѣкъ есть лицо» обозначаетъ, что онъ есть субъ-

эктъ юридическихъ отношеній. Личностью (Persœnlichkeit) называется способность человѣка быть такимъ субъэктомъ, способность имѣть юридическую волю и юридическое владычество, однимъ словомъ—юридическая правоспособность.

Право, нормируя дѣйствія людей на основаніи болѣе или менѣе общихъ всѣмъ людямъ свойствъ, встрѣчается, какъ мы уже сказали, съ безконечнымъ множествомъ личныхъ особенностей. Эти различія—въ силѣ, въ возрастѣ, въ способностяхъ, въ естественной независимости — не остаются безъ вліянія на право и не даютъ ему развиться до абсолютнаго равенства лицъ, какъ субъэктовъ права.

Вліяніе этихъ естественныхъ различій представляется двоякимъ:

1) Или право въ принципѣ признаетъ такія личныя особенности, допуская на основаніи ихъ подраздѣленіе лицъ на извѣстныя категоріи, напр. оно признаетъ человѣка, находящагося въ естественной зависимости отъ другаго лица, зависимымъ и юридически и вслѣдствіе этого уменьшаетъ его правоспособность. Отсюда возникаютъ различныя степени правоспособности лицъ, большій или меньшій объемъ правъ, признаваемыхъ за ними.

2) Или же оно допускаетъ вліяніе естественныхъ различій лишь на нѣкоторыя юридическія отношенія, не давая имъ однако юридической конструкціи и не признавая ихъ достаточными условіями для подраздѣленія лицъ на категоріи. Таково вліяніе пола, возраста, здоровья и умственныхъ силъ на юридическія отношенія, о которомъ будетъ рѣчь въ слѣдующихъ двухъ параграфахъ. Эти естественныя различія обозначаются обыкновенно терминомъ status naturales, хотя терминъ этотъ не совсѣмъ точенъ, такъ какъ слово status означаетъ различіе лицъ, какъ субъэктовъ права, здѣсь же рѣчь идетъ лишь о различіи людей вообще.

Вліяніе индивидуальныхъ свойствъ.

§ 23.

Принадлежность [1]) лица къ мужескому или женскому полу [2]) не имѣетъ рѣшительнаго значенія для юридическихъ отношеній;

---

[1]) Изъ Пандектъ.

[2]) Полной неопредѣленности пола признано быть не можетъ. Сомнительность его у гермофродитовъ устраняется тѣмъ, что они обыкновенно причисляются къ тому полу, къ которому ближе всего подходятъ по своимъ наружнымъ признакамъ. L. 10. D. de statu hom. (1, 5); L. 15. § 1. D. de testib. (22, 5); L. 6. § 2. D. de lib. et post. (28, 2). Изъ Пандектъ.

законы, въ которыхъ не выражено положительно для какого пола они назначены, считаются изданными для обоихъ половъ. Тѣмъ не менѣе, различному характеру того и другаго пола придается важное значеніе, проявляющееся частью въ ограниченіи правъ женщины, частью же во многихъ привилегіяхъ, установленныхъ для нея, вслѣдствіе ея безпомощности и слабости.

Возрастъ, оказывающій громадное вліяніе на развитіе физическихъ и умственныхъ силъ человѣка, въ правѣ вліяетъ какъ на дѣеспособность лицъ вообще, такъ и на способность ихъ вступать въ тѣ или другія юридическія отношенія въ особенности.

Есть два рода періодовъ возраста: одни опредѣляются извѣстнымъ числомъ лѣтъ, другіе же подлежатъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ особому опредѣленію относительно каждаго даннаго индивидуума. Нѣкоторые періоды возраста уже у древнѣйшихъ народовъ относились къ первому классу, нѣкоторые же перешли позднѣе изъ втораго класса въ первый, наконецъ нѣкоторые остались до сихъ поръ во второмъ классѣ.

1) Первымъ періодомъ возраста человѣка представляется infantia—отъ рожденія до семи лѣтъ включительно. Это—періодъ не развитой воли. Эта первая опредѣленная грань установилась уже въ глубокой древности. Названіе infantes, или qui fari non possunt, обозначаетъ не естественное состояніе—не неспособность говорить вообще, а состояніе юридическое, не причину, а слѣдствіе. Лицо, находящееся въ этомъ возрастѣ, неспособно ни къ какой юридической дѣятельности, неспособно къ заключенію какой-либо сдѣлки; выраженія infantia, qui fari non possunt, заимствованы изъ тѣхъ торжественныхъ дѣйствій, сопровождавшихъ сдѣлки, которыя требовали, какъ необходимаго условія, живой рѣчи (fari). Къ лицамъ, лишь весьма недавно вышедшимъ изъ дѣтскаго возраста (infantia majores, infantiæ proximi), могутъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ быть примѣняемы правила, существующія для infantes, но лишь послѣ конкретной оцѣнки каждаго даннаго индивидуума.

2) Лица во второмъ періодѣ возраста называются impuberes infantia majores; это—періодъ недостаточной половой зрѣлости и неполнаго умственнаго развитія. Pubertas имѣетъ юридическое значеніе въ вопросахъ о бракѣ, о способности къ завѣщательнымъ распоряженіямъ, о дѣеспособности и, въ связи съ нею, объ опекѣ. Этотъ періодъ продолжается для лицъ мужескаго пола до четырнадцати, а для лицъ женскаго пола—до двѣнадцати лѣтъ включительно и называется малолѣтствомъ (Unmuendigkeit). Въ древнѣйшемъ правѣ для женщинъ этотъ возрастъ имѣлъ значеніе только по отношенію къ браку, въ но-

вѣйшемъ же онъ не остается безъ вліянія и на многія другія отношенія. Многіе римскіе юристы условіемъ дѣеспособности, а вмѣстѣ съ тѣмъ и отмѣны опеки лица мужескаго пола поставляли, кромѣ возраста, еще извѣстную степень физическаго развитія; это условіе уничтожено въ юстиніановскомъ правѣ.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ совершеннолѣтіе считается наступившимъ раньше, именно у лицъ pubertati proximi, по отношенію къ вопросу о способности ихъ совершать преступленія; напротивъ въ другихъ случаяхъ малолѣтство признается продолжающимся до 18-го (м.) и 14-го (ж.) года, когда лицомъ уже достигается plena pubertas. напр. въ случаяхъ отказа малолѣтнему по завѣщанію средствъ къ жизни [1]) и его усыновленія [2]).

3) Третій періодъ возраста, обнимающій собою несовершеннолѣтіе, puberes minores XXV annis; это — періодъ неполной опытности и недостаточной твердости характера. Ему противополагается возрастъ двадцатипятилѣтній, возрастъ полнаго совершеннолѣтія—ætas legitima. Всѣхъ [3]) юридическихъ послѣдствій этого возраста можно достигнуть искусственнымъ путемъ— посредствомъ venia ætatis, особой привилегіи, заключающейся въ томъ, что постановленіемъ верховной власти несовершеннолѣтній можетъ быть признанъ вполнѣ совершеннолѣтнимъ, лишь бы онъ не былъ моложе 20 лѣтъ (для женскаго пола 18 л.) и отличался разумнымъ и нравственнымъ образомъ жизни. Разница между правами лица совершеннолѣтняго по привилегіи и естественно-совершеннолѣтняго заключается въ томъ, что первому для отчужденія недвижимыхъ имуществъ необходимо разрѣшеніе правительства въ тѣхъ же самыхъ случаяхъ, когда оно нужно для несовершеннолѣтняго. Когда въ завѣщательныхъ и другихъ частныхъ распоряженіяхъ пріобрѣтеніе какихъ-либо правъ извѣстнымъ лицомъ поставляется въ зависимость отъ его совершеннолѣтія, то всегда подразумѣвается естественное совершеннолѣтіе, если нельзя доказать, что завѣщатель имѣлъ въ виду именно искусственное совершеннолѣтіе, достигаемое посредствомъ venia ætatis. Короче можно бы формулировать послѣдствія привилегіи venia ætatis слѣдующимъ образомъ: она освобождаетъ лицо отъ опеки вообще, но не освобождаетъ отъ верховной опеки (Obervormundschaft) [4]).

---

[1]) L. 14. § 1. D. de alim. leg. (34, 1): alimenta, отказываемыя лицу по завѣщанію до его совершеннолѣтія, должны быть, по закону Адріана, выдаваемы до 18 ти лѣтъ мужчинѣ и до 14-ти лѣтъ женщинѣ.

[2]) L. 40. § 1. D. de adopt. (1, 7), § 4. I. eod. (1, 11).

[3]) Изъ Пандектъ.

[4]) Ср. L. 3. C. de his qui veniam (2, 45). Ср. далѣе L. 4. C. eod.; если бы, напр., завѣщатель предоставилъ извѣстному лицу пользованіе чѣмъ-либо до

Относительно привилегіи venia ætatis можетъ возникнуть сомнѣніе, съ какого времени должно считаться начало дарованнаго ею совершеннолѣтія. Общее правило, что rescripta gratiæ вступаютъ въ силу съ того числа, въ которое они изданы (§ 14), не можетъ имѣть здѣсь примѣненія, вслѣдствіе того громаднаго вліянія, которое venia ætatis оказываетъ на юридическія отношенія, измѣнять которыя безъ точныхъ основаній опасно. Только одинъ случай положительно разрѣшенъ въ законахъ, именно, что давность для погашенія in integrum restitutio считается лишь со времени врученія рескрипта лицу, получившему привилегію и передачи имущества въ дѣйствительное его управленіе [1]). То же соображеніе слѣдуетъ примѣнить и къ прочимъ видамъ давности, теченіе которой прерывается на время несовершеннолѣтія лица. Для дѣйствительности привилегіи venia ætatis, во всѣхъ другихъ отношеніяхъ, напр. для прекращенія опеки, или утраты такъ называемыхъ beneficia minorum, не требуется фактической передачи имущества лицу признанному совершеннолѣтнимъ, но необходимо извѣщеніе его о дарованіи ему самой привилегіи.

4) Періодъ жизни отъ полнаго совершеннолѣтія до старости не обусловливаетъ никакихъ различій въ объемѣ правоспособности лицъ, но наступленіе старости, senectus, уже влечетъ за собою нѣкоторыя, хотя и незначительныя послѣдствія, каковы напр. свобода отъ обязанности быть попечителемъ, являться на судъ для дачи свидѣтельскихъ показаній и возможность получить опекуна. Первая изъ этихъ льготъ дается лицу уже по достиженіи имъ 70-лѣтняго возраста, возрастъ же для прочихъ льготъ точно не опредѣленъ.

§ 24 [2]).

Физическіе и душевные недостатки, безъ отношенія къ полу и возрасту, также имѣютъ значеніе въ правѣ; таковы во первыхъ физическіе недостатки — болѣзни [3]) и пороки (vitia) [4]);

наступленія совершеннолѣтія, имѣя въ виду, что лицо до этого времени лишено права распоряжать своимъ имуществомъ, то venia ætatis не лишитъ это лицо права на legatum, такъ какъ здѣсь признаніе его совершеннолѣтнимъ имѣетъ лишь значеніе освобожденія отъ опеки.

[1]) L. 5. C. de temp. in int. rest. (2, 53).

[2]) Изъ Пандектъ

[3]) Болѣзнь, обусловливающая неспособность лица къ совершенію извѣстнаго акта и дающая ему поводъ къ уничтоженію такого акта, называется morbus sonticus. L. 60. D. de re jud. (42, 1).

[4]) L. 101. § 2. D. de V. S. (50, 16): verum est morbum esse temporalem corporis imbecillitatem, vitium vero perpetuum corporis impedimentum. Та-

далѣе безуміе, какъ послѣдствіе душевныхъ болѣзней, проявляющееся въ формѣ бѣшенства (furor) или сумашествія (dementia), допускающее возможность вполнѣ ясныхъ промежутковъ (dilucida intervalla), въ теченіи которыхъ лицо считается какъ бы вполнѣ здоровымъ; наконецъ слабоуміе и недостатокъ умственнаго развитія, особенно юридическаго пониманія, несовмѣстимый со многими правами и обязанностями, rusticitas. simplicitas.

Недостатокъ умственнаго развитія лица обусловливаетъ иногда необходимость снисхожденія къ нему, напр. при заявленіи его о полномъ невѣдѣніи закона; но далеко не всѣ неразвитые люди заслуживаютъ снисхожденія. Есть цѣлыя сословія, у которыхъ такая неразвитость замѣчается постоянно, вслѣдствіе невозможности достигнуть общаго уровня цивилизаціи, или вслѣдствіе наклонности къ простѣйшему образу жизни, или наконецъ вслѣдствіе слабаго участія и даже полнаго безучастія въ юридическомъ общеніи. Право должно въ извѣстной степени взять подъ свою охрану такія сословія, къ которымъ принадлежатъ напр. крестьянское и военное сословія (Soldatenstand).

Юридическія лица.

§ 25.

Вслѣдствіе распространенія понятія о личности возникло дѣленіе лицъ на физическія и юридическія.

Физическимъ лицомъ представляется такое, субъэктъ личности котораго имѣетъ физическое, независимое отъ права, существованіе, это—человѣкъ. Ученіе о физическихъ лицахъ помѣщено въ 1 й главѣ IV-й книги настоящаго сочиненія.

Юридическія лица это—лица невидимыя (моральныя, мистическія), физически не существующія и потому представляющіяся юридическою фикціею (personæ fictæ); у нихъ субъэктомъ права является юридическое понятіе, воплощающееся или въ совокупности физическихъ лицъ (universitas personarum), или въ совокупности имуществъ (universitas bonorum).

Причина возникновенія юридическихъ лицъ слѣдующая. Бываютъ случаи, когда извѣстному имуществу дается назначеніе

ними пороками будутъ: глухота, нѣмота, слѣпота, неспособность къ дѣторожденію. Изъ лицъ неспособныхъ вообще, spadones, особенно слѣдуетъ обратить вниманіе на тѣхъ, которыя искусственнымъ путемъ лишили себя способности дѣторожденія чрезъ оскопленіе, castrati. L. 39. § 1. D. de jure dot. (23, 3). L. 6. pr. § 1. D. de lib. et post (28, 2).

такого рода, что оно является или несогласнымъ съ самыми свойствами этого имущества, или недостижимымъ, если субъэктомъ его будутъ одно или нѣсколько отдѣльныхъ физическихъ лицъ [1]), и потому представляется необходимымъ измыслить новый субъэктъ права, создать личность, отличную отъ физическаго лица.

Такая необходимость можетъ представиться:

1) Относительно тѣхъ имуществъ, которыя хотя и предназначены для отдѣльныхъ лицъ и ихъ потребностей (напр. для благотворительности), но такимъ образомъ, что управомоченныя къ нему лица точно не опредѣлены; они—personæ incertæ и могутъ, пожалуй, въ данный моментъ даже и не быть (напр. при отсутствіи такихъ бѣдныхъ, которые просили бы о вспомоществованіи). Нельзя считать всѣхъ физическихъ лицъ, которыя теперь имѣютъ, или со временемъ будутъ имѣть необходимость въ помощи, субъэктами права собственности на такія имущества.

2) Относительно имуществъ, назначенныхъ не для блага отдѣльныхъ лицъ, а для государственныхъ и общественныхъ цѣлей. Если бы признать наличныхъ членовъ государства или общинъ собственниками такихъ имуществъ, то назначеніе этихъ послѣднихъ вовсе бы не достигалось какъ потому, что игнорировались бы интересы всѣхъ будущихъ членовъ союза, такъ и потому, что право собственности отдѣльныхъ наличныхъ членовъ стало бы въ разрѣзъ съ общей цѣлью и препятствовало бы ея достиженію. Только посредствомъ вышеуказанной фикціи, отнимающей право у отдѣльныхъ лицъ, является возможность достигнуть правильнаго и цѣлесообразнаго употребленія означенныхъ имуществъ.

Правоспособность юридическихъ лицъ не настолько безгранична, какъ правоспособность лицъ физическихъ. Ограниченіе это обусловливается 1) тѣмъ соображеніемъ, что права существуютъ ради людей, юридическое же лицо наоборотъ существуетъ ради права, ради того, чтобы извѣстныя права имѣли надлежащихъ субъэктовъ. Поэтому правоспособность юридическаго лица, въ сущности и независимо отъ особыхъ ограниченій и расширеній, должна имѣть тотъ объемъ, который необходимъ для цѣли, бывшей въ виду при созданіи юридическаго лица. Поэтому 2) правоспособность его ограничена одними имуще-

---

[1]) Ученые, признающіе возможность замѣнить названіе — юридическое лицо терминомъ „цѣлесообразное имущество“ (Zweckmoegen), повидимому, забываютъ, что главное основаніе дѣленія лицъ на физическія и юридическія заключается въ субъэктѣ, а не въ имуществѣ. *Прим. изд.*

ственными правами; семейственныя же права, предполагающія непремѣнно физическое лицо, для него недоступны; недоступны для него также и тѣ имущественныя права, которыя тѣсно связаны съ семейственными отношеніями. Но кромѣ того 3) у юридическаго лица могутъ быть отняты нѣкоторыя права по особымъ причинамъ, такъ, напр., способность къ наслѣдованію, если она общимъ закономъ не дарована какому-либо цѣлому роду юридическихъ лицъ, или же особою привилегіею—какому нибудь отдѣльному виду ихъ.

Право должно было особенно тщательно опредѣлить возможность для этихъ лицъ совершать тѣ или другія юридическія дѣйствія (ихъ дѣеспособность). Осуществлять признанную за ними правоспособность юридическія лица могутъ только посредствомъ представителей. Учрежденіе, уставъ юридическаго лица имѣетъ главнымъ образомъ то значеніе, что опредѣляетъ именно организацію его представительства; см. § 50 и слѣд.

Всѣ разнообразные виды юридическихъ лицъ сводятся, какъ мы уже сказали, къ двумъ классамъ: 1) корпораціи — universitates personarum, чувственный субстратъ которыхъ заключается въ совокупности физическихъ лицъ, и 2) учрежденія — universitates bonorum, субстратомъ которыхъ является извѣстная масса имущества.

§ 26.

Къ universitates personarum относится прежде всего само государство, какъ субъэктъ имущественныхъ правъ, вступающій въ различныя гражданскія сдѣлки, — казна, fiscus. Когда граждане извѣстнаго государства заключаютъ договоры съ правительствомъ, то они имѣютъ дѣло съ казной. Казна же расплачивается въ тѣхъ случаяхъ, когда государство беретъ на себя отвѣтственность за дѣянія своихъ чиновниковъ.

Казна имѣетъ множество привилегій. На эти привилегіи часто смотрѣли весьма враждебно и такой взглядъ представляется не безъосновательнымъ въ томъ случаѣ, когда, при управленіи государственными имуществами, правительство не имѣетъ въ виду общественное благо, какъ основной принципъ всякаго правленія. Въ высшихъ слояхъ общества на эти привилегіи не рѣдко смотрѣли, какъ на средство для удовлетворенія частныхъ интересовъ, вслѣдствіе чего въ нисшихъ слояхъ возникъ неправильный взглядъ на нихъ, какъ на вторженіе правительства въ правовую область подданныхъ. На самомъ же дѣлѣ интересы казны должны быть дороги каждому гражданину вслѣдствіе того, что онъ въ гарантіи государственныхъ имуществъ видитъ за-

щиту собственныхъ своихъ интересовъ. Наше мнѣніе о законности нѣкоторыхъ привилегій казны, конечно, вовсе не исключаетъ того правила, что преимущества казны предъ частными владѣльцами должны имѣть свои извѣстныя границы, подобно всякому другому налогу, такъ какъ эти привилегіи ничто иное, какъ особый видъ налоговъ [1]).

Кромѣ государства или казны, къ первой категоріи юридическихъ лицъ относятся всѣ тѣ меньшіе союзы, общества, respublicæ, которые входятъ въ составъ государства. Эти союзы отличаются отъ прочихъ юридическихъ лицъ тѣмъ, что не имѣютъ самостоятельной цѣли, что они преслѣдуютъ одну и ту же цѣль съ государствомъ, лишь въ болѣе ограниченномъ объемѣ. Изъ числа такихъ юридическихъ лицъ въ римскомъ правѣ упомянуты только города; деревни считались придатками города. Нынѣ существуютъ самостоятельныя сельскія общества, которыя хотя и уступаютъ, съ государственной точки зрѣнія, городскимъ, однако вполнѣ равноправны съ ними въ гражданско-имущественномъ отношеніи. Поэтому къ нимъ можно примѣнять тѣ постановленія, которыя мы находимъ въ дѣйствующемъ правѣ о городскихъ общинахъ.

Есть союзы, которые хотя и не имѣютъ одинаковой съ государствомъ цѣли, но которые своимъ существованіемъ способствуютъ, непосредственно или посредственно, ея достиженію. Эти союзы римскимъ правомъ также причисляются къ юридическимъ лицамъ и называются collegia, corpora, societates publicæ и проч.; таковы, напр., коллегіи священнослужителей, общества чиновниковъ, арендаторовъ государственныхъ имуществъ и др.; въ нынѣшнемъ римскомъ правѣ къ этой же категоріи причислены и университеты, насколько они обладаютъ самостоятельнымъ имуществомъ, и цехи ремесленниковъ, гдѣ таковые еще сохранились.

Рядомъ съ этими корпораціями государственнаго характера,

---

[1]) Особенный интересъ представляетъ относящееся къ занимающему насъ вопросу правило „non puto delinquere eum, qui in dubiis quæstionibus contra fiscum facile responderit“, L. 10. D. de jure fisci (49, 14), объясняемое по господствующему нынѣ воззрѣнію, такъ же какъ и по прежнимъ, уже устарѣвшимъ взглядамъ, въ смыслѣ приказанія рѣшать тяжбу in dubio contra fiscum. Нѣкоторые сомнѣвались въ истинѣ такого объясненія, говоря, что слова „non delinquere“ означаютъ: „онъ не совершаетъ преступленія, не подлежитъ наказанію.“ Такой смыслъ былъ бы возможенъ, если бы разсматриваемое правило высказано было въ связи съ чѣмъли-бо подкрѣпляющимъ возможность такого толкованія, напр. въ противоположность какому-либо закону о наказуемости всякаго лица, рѣшающаго дѣло въ пользу противника казны; но мы здѣсь ничего подобнаго не видимъ, а потому и раздѣляемъ первое изъ этихъ объясненій.

юридическимъ лицомъ является признанная въ государствѣ церковь, какъ въ цѣломъ ея объемѣ, такъ и въ отдѣльныхъ составныхъ частяхъ, —церковныхъ общинахъ. Вопросъ о томъ, не должно ли считать юридическими лицами только послѣднія, подлежитъ разрѣшенію въ каноническомъ правѣ, послѣ предварительнаго разрѣшенія вопроса объ отношеніи государства къ церкви вообще. Церковь, по всей справедливости должна быть причислена къ юридическимъ лицамъ; если же допустить, что юридическими лицами могутъ быть лишь церковныя общины, то придется изъ числа юридическихъ лицъ исключить и само государство, причисливъ къ нимъ одни государственныя союзы (œffentliche Gemeinden).

Характеръ корпорацiи могутъ имѣть и другіе союзы; но это уже будетъ исключеніе, основанное на особомъ снисхожденіи и разрѣшеніи правительства. По общему праву только за исчисленными видами юридическихъ лицъ признаются права корпорацій; см. также § 28 [1]).

Свойства и характеръ корпорацій обусловливаютъ слѣдующія основныя черты, которыми этотъ разрядъ юридическихъ лицъ отличается отъ простыхъ товариществъ, societates privatae:

1) Субъектомъ права здѣсь представляется совокупность физическихъ лицъ; но эти физическія лица имѣютъ лишь значеніе представителей юридическаго лица, причемъ самый порядокъ представительства опредѣляется уставомъ корпорацій. Юридическая личность корпорацiи, при полной смѣнѣ всѣхъ ея членовъ, остается неизмѣнною. Субстратомъ ея служатъ не непосредственно физическія лица, а идея совокупности, — universitas, т. е. нѣчто невидимое. У простаго товарищества нѣтъ другаго субъэкта, кромѣ физическихъ лицъ, а потому нѣтъ и юридическаго лица.

2) Имущества простыхъ товариществъ, не имѣющихъ правъ корпорацій, не имѣютъ другаго субъэкта, кромѣ физическихъ лицъ. Субъэктами права собственности, требованій, долговъ являются товарищи—socii. Если дѣла ведутся подъ одной фирмой, то обыкновенно эта фирма служитъ представительницею. Совсѣмъ иное видимъ мы въ корпорацiяхъ. Здѣсь, при вопросѣ о субъэктѣ имущественныхъ правъ, физическія лица не

---

[1]) Поэтому напр. семейство и семейственныя учрежденія, въ дѣлахъ о родовомъ имуществѣ (Stammgut), не должны считаться юридическимъ лицомъ; право собственности принадлежитъ здѣсь временному владѣльцу имущества, который ограниченъ въ правѣ распоряженія только наслѣдственными правами прочихъ членовъ семьи. Pfeiffer, die Lehre v. d. jurist. Pers. 1827 г. стр. 28, 29. *Прим. изд.*

имѣютъ никакого значенія, даже вполнѣ игнорируются; субъэктомъ является одно невидимое юридическое лицо. Ни одинъ членъ корпораціи не можетъ быть собственникомъ части ея имуществъ, наличныхъ или долговыхъ [1]). Отсюда вытекаетъ то правило о раздѣлѣ собственности корпораціи, по которому на каждый такой раздѣлъ должно смотрѣть какъ на простое отчужденіе имущества корпораціи не членамъ, а постороннимъ лицамъ,—какъ на полнѣйшій обмѣнъ собственности. Такимъ образомъ вполнѣ очевидно, какъ слѣдуетъ поступать съ имуществомъ юридическаго лица въ случаѣ его прекращенія: оно не достается членамъ, не имѣвшимъ на него права при существованіи юридическаго лица, не имѣющимъ поэтому на него правъ и по прекращеніи; имущество становится безхозяйнымъ и, какъ таковое, принадлежитъ казнѣ, если только государство (какъ это часто, напр., случалось въ Пруссіи при закрытіи ремесленныхъ корпорацій, цеховъ) не распорядится одновременно съ уничтоженіемъ корпораціи предоставленіемъ имущества или наличнымъ ея членамъ, или назначеніемъ его для какой-либо другой цѣли; напр. при секуляризаціи имущества монастырей оно было употреблено на школы. См. ниже IX книгу § 564 о bona vacantia.

У прусскихъ юристовъ встрѣчается странная и вполнѣ безсмысленная теорія, установляющая различіе между такъ называемыми моральными лицами и корпораціями.

§ 27.

Есть юридическія лица, у которыхъ субъэктомъ служитъ имущество, ради самостоятельности существованія котораго измышлена самая юридическая личность. Къ нимъ относятся напр. наслѣдство, hereditas, въ которомъ лицо умершаго субъэкта мыслится продолжающимся. Ученіе о наслѣдствѣ, какъ юридическомъ лицѣ, весьма тѣсно связано съ понятіемъ о наслѣдственномъ правѣ и потому будетъ изложено впослѣдствіи (§ 447).

Затѣмъ къ этой же категоріи юридическихъ лицъ относятся богоугодныя заведенія—piae causae, pia corpora. Имущества, предназначенныя для богоугодной или общеполезной цѣли, могутъ конечно быть предоставлены въ собственность лица физическаго или юридическаго, уже существующаго — напр. общины, церкви, съ обязанностію для послѣднихъ употреблять

---

[1]) См. L. 6. § 1. D. de div. rer. (1, 8); L. 1. § 7. D. de quaest. (48, 18); L. 2, 7. § 1. D. quod cujusvis univ. (3, 4).

ихъ сообразно желанію жертвователя (modus). Такъ можетъ распорядиться жертвователь только въ томъ случаѣ, если онъ имѣетъ довѣріе къ извѣстному лицу и убѣжденъ, что оно не злоупотребитъ этимъ довѣріемъ. Но гораздо удобнѣе и проще создать изъ жертвуемыхъ цѣнностей самостоятельное имущество, которое бы само въ себѣ заключало субъэктъ своихъ правъ; собственникомъ, а потому и юридическимъ лицомъ будетъ цѣль—pia causa. Такъ, по германскому праву, слѣдуетъ поступать въ тѣхъ случаяхъ, когда при учрежденіи богоугоднаго заведенія не предоставляется никакому существующему лицу право собственности на имущество [1]); такимъ образомъ субъэктомъ является особенное юридическое лицо, а не церковь, не государство и не община; возникновенію новаго юридическаго лица нисколько не противорѣчитъ участіе церкви, государства и общины въ управленіи его имуществомъ, управленіе можетъ быть даже совершенно передано имъ. Но во всякомъ случаѣ, хотя бы учредитель богоугоднаго заведенія и сдѣлалъ всѣ надлежащія распоряженія относительно его управленія, всѣ такія учрежденія, въ силу положительнаго закона, подлежатъ надзору и контролю церкви, по отношенію къ учрежденіямъ, преслѣдующимъ церковныя цѣли, государства — надъ учрежденіями государственнаго характера, и общины — надъ учрежденіями съ общинными цѣлями.

Такое вмѣшательство церкви, государства и общинъ въ управленіе богоугодными и другими учрежденіями, привело нѣкоторыхъ новѣйшихъ юристовъ къ отрицанію юридической личности въ этихъ учрежденіяхъ [2]), обусловливаемому неправильнымъ пониманіемъ относящихся сюда постановленій закона, трактующихъ, какъ сказано, лишь объ участіи въ управленіи. (Съ равною справедливостью можно было бы отрицать у опекаемаго право собственности на его имущество). Эта теорія представляется даже весьма опасною для жертвуемыхъ имуществъ и способною охладить усердіе къ устройству богоугодныхъ учрежденій. Охраненіе имуществъ учрежденій—въ интересахъ церкви и государства, поэтому ни церкви, ни государству нѣтъ основаній присвоивать себѣ право собственности на эти имущества. И такъ господствующій на практикѣ взглядъ признаетъ вообще учрежденія юридическими лицами.

---

[1]) См. L. 23. C. de ss. eccl. (1, 2); L. 24, 28, 35, 46 (неглоссиров.), 49 C. de epp. et cler. (1, 3); Nov. 131. c. 11. 15; Clem. 2. pr. de rel. dom. (3, 11).

[2]) См. статьи: Roszhirt'a въ Arch. f. civ. Prax. X, 13, стр. 321 и въ Zeitschrift f. Civ-und Krim.-R. W. стр. 329; Fritz, Erlt. zu Wening—Ingenheim's Lehrb. d. Civilrechts I, стр. 153.

Въ учебникахъ, на основаніи L. 25. D. ad munic. (50, 1), весьма часто къ юридическимъ лицамъ причисляются должности (Aemter). Физическія лица, занимающія въ одно время, или послѣдовательно одно за другимъ, извѣстную должность, не составляютъ собою, по нашему мнѣнію, этой должности (точно такъ же, какъ члены общины не составляютъ самой общины). Должность есть дѣйствительно отвлеченное понятіе, но не всякое отвлеченное понятіе есть непремѣнно юридическое лицо. Ошибка здѣсь зависитъ отъ невѣрнаго пониманія слова— юридическій. Если бы должность была юридическимъ лицомъ, то ей принадлежало бы право собственности, право предъявлять иски и давать обязательства. Но этого нѣтъ. Субъэктомъ всѣхъ подобныхъ юридическихъ отношеній являются или лица физическія, или казна. Весьма возможно, что нѣкоторыя должности, въ видѣ исключенія, имѣютъ корпоративный характеръ, что и было, напр., въ куріяхъ, по римскому государственному праву, и въ отдѣльныхъ факультетахъ, по праву нѣкоторыхъ университетовъ. Но и въ этомъ случаѣ опять таки не должность является субъэктомъ личности, а совокупность нѣсколькихъ физическихъ лицъ.

Юристы, раздѣляющіе указанный ложный взглядъ, въ дѣйствительности и не утверждаютъ, чтобы всѣ должности способны были обладать правомъ собственности, правами по обязательствамъ и проч., или, другими словами, они, называя должности юридическими лицами, ошибаются не въ сущности дѣла, но въ названіи.

Неправильный взглядъ на должности, какъ на юридическія лица, нерѣдко подтверждали характеромъ отвѣтственности чиновниковъ, образовавшихъ изъ себя родъ коллегій; но такая отвѣтственность имѣетъ совершенно другое основаніе (такъ же, какъ и отвѣтственность соопекуновъ). Напротивъ, если бы должности дѣйствительно были юридическими лицами, то отвѣтственность именно и не могла бы лежать на отдѣльныхъ должностныхъ лицахъ.

Точно также и правительство не составляетъ юридическое лицо; поэтому въ случаѣ завѣщательнаго отказа правителю государства какого-либо имущества, преемникъ его можетъ требовать завѣщанное [1]) не потому, чтобы послѣдовательно смѣняющіе другъ друга правители образовывали юридическое лицо, а потому, что завѣщатель имѣлъ въ виду предоставить имущество не одному индивидууму, а всякому лицу, возведенному въ санъ правителя даннаго государства.

---

[1]) L. 56. de leg. II (31).

Многіе сомнѣваются въ томъ, не признавали ли еще римскіе юристы должности юридическимъ лицомъ? Одно только постановленіе [1]) дало поводъ къ такому сомнѣнію. Прежде всего здѣсь необходимо замѣтить, что въ этомъ постановленіи говорится только о городскихъ чиновникахъ и ни слова не упомянуто объ юридическомъ лицѣ; выраженіе же — unius hominis vicem—вовсе не намекаетъ на существованіе такого лица; оно означаетъ лишь, что всѣ муниципальные магистраты при отправленіи своихъ обязанностей дѣйствуютъ какъ одно лицо, а не какъ нѣсколько лицъ, и что поэтому всѣ вообще и каждый въ особенности имѣютъ право производить всѣ служебныя дѣйствія, какъ будто должность эта отправляется однимъ лицомъ (тоже видимъ мы и у римскихъ консуловъ). Поэтому magistratus municipales и не представляются коллегіальною должностью. Итакъ означенное постановленіе выражаетъ мысль совершенно противоположную той, которую изъ него часто выводятъ и благодаря которой находятъ возможнымъ причислить должности къ юридическимъ лицамъ.

Могутъ ли быть вещи юридическими лицами? Гейзе считалъ таковыми земельные участки, вслѣдствіе лежащихъ на нихъ вещныхъ сервитутовъ (Realservituten). Но такой взглядъ представляется не болѣе какъ неудачнымъ опытомъ объяснить институтъ сервитутовъ, такъ какъ субъэктомъ права всегда бываетъ собственникъ и между двумя земельными участками, принадлежащими одному собственнику, невозможны сервитуты. Субъэктомъ права можетъ быть только или физическое лицо, или отвлеченное понятіе—лицо юридическое. Но представлять себѣ вещи имѣющими права и вступающими въ юридическія отношенія—нелѣпость.

Нашъ взглядъ служитъ также опроверженіемъ новѣйщему воззрѣнію на закладное право, какъ на требованіе, обращаемое на заложенную вещь. Вступать въ юридическія отношенія, быть вѣрителемъ, должникомъ и т. п., можетъ только лицо, а потому пришлось бы всѣ годныя къ залогу вещи признать лицами. Это значило бы обратить право въ басню, въ которой лошади, овцы и пр. являются дѣйствующими лицами.

---

[1]) L. 25. D. ad munic. (50, 1): magistratus municipales cum unum magistratum administrent, etiam unius hominis vicem obtinent, et hoc plerumque quidem lege municipali eis datur, verum etsi non sit datum, dummodo non denegatum, moribus competit.

О возникновеніи и прекращеніи юридическихъ лицъ.

§ 28.

Для возникновенія лица (persona) необходимы два элемента: субъэктъ и положительный законъ, признающій за этимъ субъэктомъ правовую личность. Изъ этихъ двухъ элементовъ слагается понятіе физическаго лица: первый элементъ — человѣкъ, второй — общій законъ, опредѣляющій, что люди суть лица. Тѣ же два элемента мы видимъ и въ юридическихъ лицахъ.

Субъэктомъ корпораціи является союзъ лицъ, долженствующій получить ту или другую конструкцію. Поэтому прежде всего необходимо, чтобы нѣкоторое число людей соединилось съ намѣреніемъ образовать корпорацію. По нынѣ дѣйствующему государственному праву для такого соединенія необходимо дозволеніе правительства, безъ котораго всякій союзъ, всякое сборище будетъ незаконнымъ—collegium illicitum, и никогда не пріобрѣтетъ никакихъ корпораціонныхъ правъ. Однимъ словомъ, только при условіи спеціальнаго юридическаго признанія существованія извѣстнаго союза, и можетъ быть рѣчь о немъ, какъ объ юридическомъ лицѣ. Безъ этого условія вовсе не будетъ субъэкта, соединяющаго въ себѣ всѣ свойства юридическаго лица.

Субъэктомъ прочихъ юридическихъ лицъ представляется совокупность имуществъ. Въ hereditas субъэктъ возникаетъ вслѣдствіе смерти лица, обладавшаго имущественными правами; въ piae causae — вслѣдствіе юридически прочнаго учрежденія (rechtsbestaendige Stiftung), предназначеннаго для благой цѣли. Такимъ образомъ имущество обращается въ учрежденіе вслѣдствіе дѣйствительной юридической сдѣлки (inter vivos, или mortis causa, при чемъ эта послѣдняя закрѣпляется смертью) и назначенія его для извѣстной цѣли. Цѣль эта должна быть или богоугодною, т. е. такою, стремленіе къ которой есть религіозная обязанность людей, или же общеполезною, споспѣшествовать которой лежитъ на обязанности всякаго гражданина.

Но, какъ мы уже сказали, одного существованія субъэкта еще недостаточно, такъ какъ встрѣчаются напр. такого рода товарищества, общества и учрежденія, которыя не могутъ быть признаны юридическими лицами потому именно, что собственникомъ ихъ имуществъ являются не они сами, а какое либо постороннее лицо.

Другой элементъ необходимый для возникновенія юридическаго лица — положительный законъ — можетъ быть двоякимъ:

1) или общимъ, предписывающимъ признавать юридическую личность за всякимъ союзомъ или учрежденіемъ, удовлетворяющимъ извѣстнымъ условіямъ, 2) или спеціальнымъ, въ видѣ особаго разрѣшенія каждаго отдѣльнаго союза или учрежденія. Многіе юристы отвергали возможность установленія юридическаго лица закономъ перваго рода и требовали всякій разъ особаго разрѣшенія, допуская впрочемъ, въ видѣ исключенія, и возникновеніе юридическихъ лицъ вслѣдствіе общаго закона. Напротивъ слѣдуетъ признать, что то положеніе, которое эти юристы представляютъ правиломъ, есть не болѣе, какъ исключеніе, а допускаемыя ими исключенія на самомъ дѣлѣ составляютъ общее правило.

Подобно тому, какъ права вообще вытекаютъ изъ законовъ и, только въ видѣ исключенія, изъ особыхъ привилегій (концессій), точно также и лица существуютъ въ силу общаго закона и лишь изрѣдка пользуются особыми привилегіями. Никто не сомнѣвался въ вѣрности указаннаго правила относительно физическихъ лицъ, наслѣдства, и, не говоря уже о государствѣ, относительно обществъ, церкви и церковныхъ общинъ; такъ какъ поименованные союзы имѣютъ юридически признанное бытіе, то и юридическою личностью становятся они въ силу общихъ законовъ государства.

Сомнѣніе существовало только относительно богоугодныхъ заведеній [1]). Въ подтвержденіе необходимости особаго разрѣшенія каждаго такого учрежденія приводили только то обстоятельство, что положительное право не узаконяетъ противоположнаго правила, т. е., что въ немъ нѣтъ постановленія, которое бы указывало возможность существованія учрежденій въ силу одного общаго закона; но такая точка зрѣнія какъ нельзя болѣе ложна, такъ какъ возникновеніе юридическаго лица въ силу общаго закона должно быть признаваемо всегда подразумѣвающимся правиломъ; исключеніе же можетъ быть оправдано только тогда, когда оно вызвано невозможностью кратко и точно опредѣлить всѣ необходимыя условія возникновенія того или другаго рода юридическихъ лицъ, или же когда оно представляется необходимымъ по отношенію къ нѣкоторымъ субъэктамъ въ силу особыхъ соображеній. Но такой необходимости въ разсматриваемомъ нами случаѣ вовсе нѣтъ, потому-что весьма не трудно убѣдиться въ назначеніи извѣстнаго имущества именно для богоугодной или общеполезной цѣли, всякое же затрудненіе

---

[1]) См. напр. Muehlenbruch, Rechtl. Beurth. des Stædel'schen Beerbungsfalles, 1828 г. и § 1438 b. Комментарія Глюка, XL: Roth, ueber die Stiftungen, въ Jahrb. f. Dogmatik I, стр. 207, 1856 г. *Прим. изд.*

въ этомъ отношеніи легко можетъ быть разрѣшено судьей. Кромѣ того само положительное право узаконнетъ вообще, что piae causae суть юридическія лица, но отнюдь не говоритъ, что таковыми могутъ быть въ видѣ исключенія и особой милости только нѣкоторыя богоугодныя учрежденія. Наконецъ нѣтъ никакой причины стѣснять возникновеніе учрежденій и опасаться того, что они черезъ-чуръ размножатся; положительное право само относится къ нимъ весьма покровительственно.

Итакъ разобранное нами мнѣніе вполнѣ невѣрно; оно возникло изъ свойственнаго новѣйшему времени стремленія — допускать во все вмѣшательство государственной власти и сколь возможно задерживать свободное юридическое общеніе и развитіе.

Нѣкоторые юристы требовали для законнаго существованія учрежденія — утвержденія его правительствомъ (obrigkeitliche Confirmation) и смѣшивали это утвержденіе съ тѣмъ разрѣшеніемъ его бытія, о которомъ мы сейчасъ говорили. Если бы такое утвержденіе было необходимо, то оно имѣло бы значеніе условія возникновенія учрежденія, хотя правило о возникновеніи юридическаго лица, при существованіи субъэкта,—въ силу общаго закона—осталось бы неизмѣннымъ. Но изъ предписаній дѣйствующаго положительнаго права вовсе не видно необходимости правительственнаго утвержденія, какъ условія возникновенія юридическихъ лицъ.

Встрѣчаются однако случаи, когда дѣйствительно необходимо особое признаніе юридической личности. Именно, когда какое-либо товарищество, не имѣющее значенія общественнаго учрежденія, не необходимое для общественныхъ цѣлей, стремится пріобрѣсть права корпорацій. Но, конечно, такою концессіею корпораціонныхъ правъ отнюдь нельзя считать простое допущеніе существованія товарищества. Кромѣ того необходимо замѣтить, что признаніе за товариществомъ правъ корпорацій и простое дозволеніе существованія его исходятъ отъ разныхъ властей: первое отъ законодательной, второе отъ полицейской.

Прекращеніе юридическаго лица можетъ послѣдовать вслѣдствіе предписанія правительства, которое въ то же время распоряжаетъ и его имуществомъ, конечно, безъ вреда для третьихъ лицъ (т. е. для кредиторовъ юридическаго лица).. Но къ лицамъ, имѣющимъ права на имущество юридическаго лица, отнюдь нельзя причислить его членовъ.

Самое прекращеніе не должно быть актомъ произвола, даже при прекращеніи лицъ, возникшихъ вслѣдствіе особаго снисхожденія; основанія, уполномочивающія государство къ такому прекращенію, должны вытекать изъ началъ государственнаго права.

Учрежденія, piae causae, прекращаются съ полнымъ уничтоженіемъ ихъ чувственнаго субстрата — имущества; корпорація же не прекращается вслѣдствіе смерти или выхода всѣхъ ея членовъ, ибо понятіе корпораціи обнимаетъ не только всѣхъ наличныхъ, но и всѣхъ будущихъ членовъ. Итакъ, доколѣ существуетъ возможность обновленія юридическаго лица новыми членами, оно не прекращается Поэтому римское право узаконяетъ, что юридическое лицо продолжаетъ существовать даже при наличности одного члена, а таковое продолженіе не было бы мыслимо, если бы дѣйствительно необходимо было непрерывное существованіе чувственнаго субстрата корпораціи, — союза физическихъ лицъ. Еще менѣе возможно прекращеніе корпораціи вслѣдствіе произвольнаго соглашенія членовъ, хотя бы это соглашеніе и было признано волею юридическаго лица (впрочемъ эту фикцію нельзя распространять на уничтоженіе лица); такое рѣшеніе имѣло бы также мало значенія, какъ мало бы значила высказанная человѣкомъ воля—не быть болѣе лицомъ.

ГЛАВА II.

СОДЕРЖАНІЕ ПРАВЪ.

Юридическія отношенія и права.

§ 29.

Юридическими отношеніями называются отношенія лицъ (какъ субъэктовъ права) другъ къ другу. Они отличаются безконечнымъ разнообразіемъ и путаницей; но все это разнообразіе сводится, вслѣдствіе юридическаго обсужденія ихъ, къ извѣстному существенному содержанію и такимъ образомъ распутывается. Въ чемъ же заключается это существенное содержаніе?

Юридическія отношенія содержатъ въ себѣ и проявляютъ во внѣ дѣятельность лица, какъ субъэкта. Лицо есть субъэктъ воли, имѣющей характеръ власти; дѣятельность его направлена на подчиненіе вещнаго міра; результатомъ ея является владычество лица надъ предметами этого міра; поэтому дѣятельность лицъ представляется стремленіемъ пріобрѣсти права, управомочить себя (отсюда возможность для лица пріобрѣсти права называется правоспособностью), а такое управомоченіе (Berechtigung) составляетъ содержаніе и ядро юридическихъ отношеній. Всякое юридическое отношеніе состоитъ изъ одностороннихъ или двусторонних управомоченій. Судебное обсужденіе отношеній должно состоять въ изслѣдованіи и открытіи заключающихся въ нихъ управомоченій, въ опредѣленіи сущности и границъ этихъ управомоченій и въ обезпеченіи ихъ послѣдствій (ихъ дѣйствія).

Но сами управомоченія исходятъ подобно радіусамъ изъ одного источника права. Право есть владычество лица надъ предметомъ ему подчиненнымъ. Поэтому каждое право состоитъ изъ извѣстнаго числа управомоченій или уполномоченій (Berechtigungen oder Befugnissen), которыя только тогда могутъ быть точно опредѣлены, когда извѣстно изъ какого права они вытекаютъ; напр. право пользованія вещью можетъ быть основано на правѣ собственности, на сервитутѣ, или на обязательствѣ, и въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ оно будетъ запечатлѣно особымъ характеромъ. Поэтому,

при обсужденіи юридическаго отношенія, по которому лицо считаетъ себя въ правѣ пользоваться извѣстною вещью, мы должны изслѣдовать то право, на которомъ оно основываетъ свое притязаніе.

Такимъ образомъ существеннымъ содержаніемъ и ядромъ юридическихъ отношеній, возникающихъ между лицами, служатъ права, имъ принадлежащія. Поэтому намъ теперь необходимо познакомиться съ различнымъ характеромъ правъ.

Основаніе правъ.

§ 30.

Право лица есть юридическая, т. е. признанная правомъ, въ смыслѣ общей воли, власть лица надъ предметомъ. Право, какъ юридическая норма, есть источникъ правъ, принадлежащихъ намъ, есть основа правъ [1]).

Поэтому необходимымъ условіемъ всякаго права служитъ то, чтобы оно было основано на юридической нормѣ, было согласно съ ней. Это условіе можетъ быть выражено въ слѣдующихъ трехъ пунктахъ: необходимо, 1) чтобы возможность существованія даннаго права была допускаема юридическими нормами; напр., человѣкъ не можетъ быть объэктомъ права собственности, надъ нимъ не можетъ быть власти, уничтожающей его личную свободу (рабство не допускается), 2) чтобы лица пріобрѣтали права извѣстнымъ, установленнымъ юридическими нормами, порядкомъ, 3) чтобы признаніе правъ лица со стороны общей воли соединялось непремѣнно съ защитой ихъ (болѣе или менѣе полной) отъ нарушеній. Такимъ образомъ основаніемъ всѣхъ различныхъ правъ лицъ физическихъ и юридическихъ служатъ правовыя нормы.

Нормы [2]) эти, признающія за лицомъ какое-либо право, имѣютъ обыкновенно всеобщее примѣненіе и относятся или къ jus commune, или къ jus singulare (§ 21). Права, основанныя на jus singulare, называются юридическими благодѣяніями, привилегіями (privilegia) [3]). Уже изъ самой природы особенныхъ

---

[1]) Другими словами, терминъ *„право“* употребляется въ двоякомъ смыслѣ: in sensu subjectivo и in sensu objectivo. Право въ субъэктивномъ смыслѣ означаетъ власть лица надъ предметомъ, владычество субъэкта надъ объэктомъ. Право въ объэктивномъ смыслѣ означаетъ совокупность юридическихъ нормъ, которыми опредѣляются отношенія субъэкта къ объэкту.

Прим. перев.

[2]) Изъ Пандектъ.

[3]) Этотъ видъ привилегій очень часто смѣшивался съ привилегіями въ совершенно иномъ смыслѣ слова (§ 31) и тѣмъ спутались два совершенно различныя понятія и ученія (напр. у Мюленбруха, Lehrbuch. 1. § 80—82).

правъ слѣдуетъ, что они при коллизіи съ правами, основанными на jus commune, получаютъ перевѣсъ; случаи же коллизіи между двумя привилегіями разрѣшаются отчасти по тѣмъ особымъ преимуществамъ, которыя признаетъ право за тою, или за другой привилегіей [1]), отчасти же по основнымъ началамъ того класса правъ, къ которому принадлежатъ данныя привилегіи; въ этомъ послѣднемъ случаѣ или обѣ привилегіи взаимно уничтожаютъ другъ друга и сохраняется status quo (melior est conditio possidentis), или же онѣ осуществляются pro rata [2]).

Субъэктъ особенныхъ правъ опредѣляется различно, смотря потому, относится ли привилегія къ извѣстнымъ лицамъ (privilegium personae), или къ извѣстнымъ юридическимъ отношеніямъ (privilegium causae). Въ послѣднемъ случаѣ субъэктомъ является всякое лицо, вступающее установленнымъ порядкомъ въ извѣстное юридическое отношеніе, и такимъ образомъ субъэктъ beneficium'а смѣшивается съ субъэктомъ самаго отношенія; въ первомъ же случаѣ преимущество тѣсно связано съ лицомъ и не переходитъ на юридическое отношеніе. Лицо, которому присвоена привилегія, имѣетъ впрочемъ полное право, если найдетъ это для себя выгоднымъ, отказаться отъ пользованія особеннымъ правомъ по привилегіи и дѣйствовать на основаніи общаго закона, ибо invito beneficium non datur; это же подтверждаетъ и правило о томъ, что преимущество не должно клониться ко вреду лица, ради котораго оно установлено. Осуществленіе преимущества отнюдь не допускается въ тѣхъ случаяхъ, когда привилегированное лицо сдѣлалось недостойнымъ его, вслѣдствіе совершенія какихъ-либо незаконныхъ дѣйствій.

§ 31.

Существуютъ [3]) права, которыя основаны не на jus commune или singulare, а на снисхожденіи или уступкѣ законодательной власти (constitutio personalis), установляющей извѣстное право для одного только случая, а не для всѣхъ случаевъ однородныхъ. Такое право называется privilegium въ особенномъ смыслѣ слова. Эти привилегіи даются всегда

---

[1]) Напр., преимущество имѣетъ beneficium in integrum restitutionis minorum предъ привилегіей подвластныхъ сыновей ex S. C. Macedoniano и женщинъ изъ S. C. Vellejano; далѣе преимуществомъ пользуются нѣкоторыя изъ закладныхъ и исковыхъ привилегій предъ другими.

[2]) Напр. въ исковыхъ привилегіяхъ § 248.

[3]) Изъ Пандектъ.

какой-либо единицѣ: или извѣстному лицу, которымъ она не можетъ быть передана другому, хотя бы само право, по своему содержанію, принадлежало къ разряду отчуждаемыхъ и наслѣдственныхъ (личная привилегія), или извѣстной вещи, къ каждому послѣдовательному собственнику которой привилегія и переходитъ (вещная привилегія). Содержаніе отдѣльныхъ привилегій различно по свойствамъ даруемаго права, которое можетъ быть весьма различно.

Тѣмъ, что привилегія constitutio personalis основана на особомъ снисхожденіи власти, она отличается отъ jus singulare; своею способностью предоставлять лицамъ нѣкоторыя исключительныя права она отличается отъ диспенсаціи, т. е. отъ простаго разрѣшенія отступить отъ того или другаго предписанія закона, напр. отъ формы, установленной для совершенія извѣстной сдѣлки. Если лицу, намѣревающемуся совершить извѣстную сдѣлку, разрѣшаютъ однажды отступить отъ установленной для нея формы и обрядовъ, то это будетъ диспенсація; если ему разрѣшается подобное отступленіе навсегда, то это будетъ привилегіей; если такая льгота даруется цѣлому сословію, то является уже jus singulare.

Юридическое обсужденіе этихъ привилегій опредѣляется:

1) особеннымъ характеромъ права, установляемаго ими, напр. вещнаго, обязательнаго и проч. Вообще же различаютъ privil. affirmativa и negativa; особый видъ составляютъ pr. exclusiva. Юристы практики безъ всякаго основанія хотѣли примѣнить къ нимъ, по аналогіи, правила сервитутовъ и потому называли искъ о привилегіяхъ actio confessoria;

2) тѣмъ особеннымъ вліяніемъ, которое оказываетъ ихъ установленіе на constitutio personalis. Теперь мы перейдемъ къ вопросу о пріобрѣтеніи и потерѣ привилегій

Пріобрѣтеніе привилегіи совершается, какъ мы уже сказали, вслѣдствіе снисхожденія правителя (Concession des Regenten). Дѣленіе привилегій на conventionalia и non conventionalia не вѣрно, ибо ихъ возникновеніе не договорное, а всегда одностороннее: принятіе привилегіи необходимо, но оно не служитъ основаніемъ пріобрѣтенія ея (какъ это бываетъ въ завѣщательныхъ отказахъ); причина односторонности возникновенія привилегій заключается въ томъ, что договоръ возможенъ только между лицами равноправными по отношенію къ предмету договора; договоры между правителемъ и подданными возможны только въ той мѣрѣ, въ какой правитель является частнымъ человѣкомъ, чего вовсе не бываетъ при дарованіи имъ той или другой привилегіи. Нѣкоторые ученые смѣшивали указанное дѣленіе привилегій на договорныя и недоговорныя съ раздѣленіемъ ихъ на privilegia onerosa и gratuita.

Другой способъ возникновенія привилегій, кромѣ концессіи со стороны верховной власти,—способъ, созданный практикою и признанный какъ каноническимъ, такъ и германскимъ правомъ, — пріобрѣтеніе посредствомъ давности (unvordenkliche Zeit) [1]). Незапамятное время замѣняетъ здѣсь титулъ пріобрѣтенія (см. ниже § 77).

Таковы первообразные способы пріобрѣтенія привилегій. Спрашивается, возможенъ ли преемственный переходъ привилегій (successio).

Самое понятіе привилегіи такого рода, что она мыслится принадлежащею только одному лицу и не распространяющеюся на другихъ лицъ. Поэтому successio въ привилегіяхъ не мыслима. Хотя это положеніе вполнѣ очевидно только относительно личныхъ привилегій, которыя неотчуждаемы и непаслѣдственны, однако оно вполнѣ примѣняется и къ вещнымъ привилегіямъ (напр. въ случаѣ освобожденія извѣстнаго земельнаго участка отъ налоговъ), которыя тѣсно связаны съ вещью и принадлежатъ ея собственнику. Правда, что такая привилегія переходитъ къ каждому собственнику привилегированной вещи, но это не будетъ смѣною субъэктовъ привилегіи; собственно successio вещной привилегіи должна бы состоять въ переходѣ привилегіи съ одной вещи на другую, а это невозможно. Возмездность (pr. onerosum), или безмездность (pr. gratuitum) привилегіи въ этомъ отношеніи не имѣетъ никакого значенія. Весьма ошибаются тѣ, которые полагаютъ, что возмездность привилегіи обусловливаетъ вещный характеръ ея и возможность преемственнаго перехода.

Прекращеніе привилегіи можетъ совершиться тѣми же способами, которыми прекращаются права, къ разряду которыхъ она принадлежитъ. Эти способы прекращенія вещныхъ и другихъ правъ примѣняются и въ тѣхъ случаяхъ, когда эти права были дарованы концессіей правительства.

Но есть способъ прекращенія привилегій общій всѣмъ имъ потому, что онъ тѣсно связанъ съ самымъ способомъ ихъ возникновенія, это — отмѣна привилегіи лицомъ, установившимъ ее (Ertheiler). Распространеннымъ прежде ученіемъ было слѣдующее: договорныя привилегіи могутъ быть отмѣняемы только въ интересахъ общественнаго блага, недоговорныя же—вполнѣ произвольно. Вѣрнѣе же, по нашему мнѣнію, будетъ признать, что хотя привилегіи и исходятъ отъ законодатель-

---

1) C. 26. X. de V. S. 5, 40; c. 1: de præscr. in VI (2. 13); Reichsabschied 1548 г., § 56; R. A. 1576 г., § 105

ной власти, однако онѣ не могутъ быть произвольно отмѣняемы, подобно законамъ, ибо онѣ — jura quaesita, отмѣна которыхъ вовсе не подразумѣвается въ отмѣнѣ закона. Поэтому отнятіе привилегіи возможно только ex justa causa; такими законными причинами служатъ: прекарное дарованіе привилегіи, государственное благо и злоупотребленія; отнятіе привилегіи вслѣдствіе злоупотребленій лица привилегированнаго можетъ послѣдовать и по судебному рѣшенію, однако практика требуетъ предостереженія субъэкта о грозящемъ ему отнятіи.

Общимъ всѣмъ привилегіямъ способомъ прекращенія часто считалось непользованіе ими (Nichtgebrauch) въ теченіи долгаго времени. Впрочемъ мнѣнія по этому предмету были весьма различны; такъ нѣкоторые юристы вполнѣ произвольно утверждали, что вслѣдствіе непользованія могутъ прекращаться только отрицательныя привилегіи, а не положительныя; мнѣнія расходились и по вопросу о томъ, сколько времени должно продолжаться непользованіе, при чемъ одни назначали десятилѣтній срокъ, другіе двадцатилѣтній. Если вообще и было бы правильно признать возможность прекращенія привилегіи вслѣдствіе болѣе или менѣе продолжительнаго непользованія ею, то такая возможность должна бы вытекать изъ самаго способа возникновенія ея посредствомъ концессіи, но на самомъ дѣлѣ между этимъ способомъ возникновенія и разсматриваемымъ способомъ прекращенія привилегій нѣтъ рѣшительно никакой связи. Непользованіе представляется такимъ способомъ прекращенія, которому подчинены и права, не составляющія привилегій, напр. сервитуты; освобожденіе отъ обязанности платить десятину, вслѣдствіе неплатежа ея въ теченіе долгаго времени (30 и 40 лѣтъ), рѣшительно признано каноническимъ правомъ [1]). Привилегіи, подобно правамъ вообще, подчинены этому способу прекращенія правъ, но нельзя сказать, чтобы онъ имѣлъ значеніе для привилегій въ тѣхъ случаяхъ, когда общее право свободно отъ него. Въ римскомъ правѣ встрѣчается одно только опредѣленіе относительно прекращенія привилегіи вслѣдствіе непользованія ею, именно, право на ярмарку, jus nundinarum, погашается десятилѣтнею давностью [2]).

Различное содержаніе правъ.

§ 32.

Права, принадлежащія намъ, представляютъ разнообразнѣйшее содержаніе. Но въ основѣ всего этого разнообразія лежитъ

1) C. 6. 15. X. de privil. (5. 33).
2) L. 1. D. de nundin. (50, 11).

извѣстное единство: есть система правъ, дающая намъ возможность опредѣлить истинное содержаніе того или другаго права.

Право есть подчиненіе предмета волѣ лица. Объемъ и степень этого подчиненія различны, смотря 1) по различію предметовъ, 2) по различному положенію субъэктовъ. Займемся прежде всего послѣднимъ.

Различіе правъ по положенію ихъ субъэктовъ.

§ 33.

Человѣкъ [1]) вступаетъ въ юридическія отношенія или какъ отдѣльный индивидуумъ, или какъ членъ какого-нибудь органическаго соединенія,—напр. семьи, народа (государства) и церкви. Такое различіе положенія лицъ имѣетъ большое вліяніе на опредѣленіе свойствъ ихъ юридической воли; сами юридическія отношенія ихъ имѣютъ различный характеръ, смотря по положенію субъэктовъ. Отношенія, въ которыя человѣкъ вступаетъ какъ особый индивидуумъ, а не какъ членъ какого-либо союза, — будутъ имущественными отношеніями. Тѣ же, субъэктомъ которыхъ является человѣкъ, какъ членъ семьи, народа, церкви, суть семейственныя, государственныя, церковныя юридическія отношенія. Имущественныя и семейственныя права носятъ также, въ отличіе отъ двухъ остальныхъ классовъ правъ, названіе права частнаго, гражданскаго (Privatrecht). Такимъ образомъ всѣ правовыя нормы раздѣляются на три отдѣла: гражданское (jus privatum), государственное (jus publicum) и церковное право (jus sacrum). Гражданское право, какъ мы уже сказали, есть частью имущественное, частью семейственное.

У Римлянъ jus sacrum входило въ составъ государственнаго права; такое отношеніе между этими двумя правами, хотя и дѣйствительно существовавшее въ римскомъ правѣ (такъ какъ въ Римѣ религія всегда стояла въ служебныхъ отношеніяхъ къ государству), въ наше время представляется немыслимымъ.

Терминъ jus publicum имѣетъ различное значеніе: 1) публичнаго, государственнаго права; 2) права общаго всѣмъ гражданамъ; сюда относятся такимъ образомъ и тѣ частныя гражданскія права, которыми пользуются всѣ граждане вообще. которыя находятся in publico usu; такимъ характеромъ отличаются права частныхъ лицъ на нѣкоторые виды государственной собственности (см. ниже); 3) значеніе права вообще.

---

[1]) Изъ Пандектъ.

права въ смыслѣ общей воли, въ отличіе отъ тѣхъ или другихъ отдѣльныхъ правъ; 4) значеніе такого права, по отношенію къ которому невозможенъ произволъ частныхъ лицъ. напр. testamentifactio publici juris est.

Имущественное право.

§ 34.

Имущество есть совокупность правъ, субъектомъ которыхъ представляется человѣкъ, какъ отдѣльный индивидуумъ, въ противоположность другимъ индивидуумамъ. Имущественныя права или заключаютъ уже въ себѣ самое владычество надъ предметами внѣшней природы, или только обусловливаютъ такое владычество; поэтому, какъ право собственности, такъ и обязательственное право являются имущественными правами. Каждое имущественное право имѣетъ свой эквивалентъ въ какой-либо вещи; такой же эквивалентъ имѣетъ и все имущество вообще.

Слѣдуетъ различать имущество, bona, въ естественномъ и юридическомъ смыслѣ.

1) Въ естественномъ смыслѣ имущество есть совокупность правъ, простирающихся (непосредственно или посредственно) на вещи. Оно уменьшается не только вслѣдствіе отчужденія, но и вслѣдствіе принятія на себя хозяиномъ имущества тѣхъ или другихъ обязательствъ. Если лицо должаетъ, то послѣдствіемъ этого является уменьшеніе его имущества. Поэтому имуществомъ въ естественномъ смыслѣ мы называемъ все то, что остается въ рукахъ хозяина за уплатою его долговъ [1]). Такъ, напр., кто имѣетъ помѣстье, стоющее 100,000 рублей, и на 100,000 долговъ, тотъ не имѣетъ имущества, въ естественномъ смыслѣ слова.

2) Въ юридическомъ смыслѣ оно есть совокупность правъ вещныхъ, обязательственныхъ и долговъ; въ немъ заключается не только активъ, но и пассивъ хозяина. Въ этомъ смыслѣ имущество будетъ и у того, кто имѣетъ болѣе долговъ, чѣмъ наличныхъ цѣнностей.

Откуда же взялось такое, какъ бы неестественное, значеніе имущества? Оно возникло изъ представленія имущества въ чисто юридическомъ смыслѣ, какъ всей имущественной дѣя

[1]) L. 39. §. 1 D. de V. S. (50. 16): bona intelliguntur cujusque quae deducto aere alieno supersunt.

тельности лица, всего имущественно-гражданскаго бытія его. Поэтому такое понятіе необходимо встрѣчается въ тѣхъ случаяхъ, когда имущество представляется цѣлою массою, universitas, нераздѣльною съ своимъ субъэктомъ, когда оно, въ какомъ бы соотношеніи ни находились активъ и пассивъ его [1]), представляется юридическою совокупностью, напр. при наслѣдованіи; такимъ образомъ, наслѣдство, обремененное громадными долгами, превышающими его цѣнность, есть все-таки наслѣдство. Въ другихъ случаяхъ является естественное понятіе объ имуществѣ, напр. въ договорѣ, которымъ я кому-либо обѣщаю все мое имущество, donatio omnium bonorum, и при назначеніи приданаго. Во всѣхъ этихъ сдѣлкахъ нѣтъ универсальнаго преемства, а потому здѣсь должно разумѣть только дѣйствительное, наличное имущество лица, т.-е. то, что остается за вычетомъ его долговъ.

Подчиненные [2]) человѣку предметы внѣшняго міра называются *вещами*, res: такимъ образомъ вещь представляется основою имущества; поэтому въ слѣдующихъ параграфахъ мы и изложимъ общее ученіе о вещахъ.

О вещахъ и ихъ свойствахъ.

§ 35.

Вещь есть тѣлесный предметъ, матеріально независимый отъ лица, но назначенный для подчиненія его волѣ; первымъ моментомъ въ понятіи вещи является такимъ образомъ тѣлесность. Относительно этого момента возникло нѣкоторое видоизмѣненіе, такъ какъ понятіе вещи потерпѣло нѣкоторое распространеніе. Такимъ распространеніемъ однако не слѣдуетъ считать дѣленіе вещей на тѣлесныя и безтѣлесныя, ибо такъ дѣлить можно собственно не вещи, а предметы вообще. Это дѣленіе, породившее множество весьма важныхъ заблужденій, основывается на римской divisio rerum [3]). Но слово res означаетъ здѣсь не вещь, а вообще

---

[1]) Sive solvenda sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum.

[2]) Изъ Пандектъ.

[3]) Inst. II, 2. de rebus corporalibus et incorporalibus, L. 1. §. 1 D. de div. rer. (1, 8). Келлеръ (Pand. § 42) говоритъ: „гораздо вѣрнѣе дѣленіе Цицерона (top. 5. 27) на res quae sunt, т.-е. собственно вещи, и на res quae intelliguntur, т.-е. понятія.“ Различіе между Цицерономъ и Гайемъ представляется лишь въ томъ, что первый имѣлъ предъ глазами законъ XII таблицъ: „usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto“ и потому причислилъ gens, tutela, agnatio къ res, тогда какъ Гай и Институціи должны были отнести ихъ къ jus personarum. У этихъ послѣднихъ res не

предметъ, тѣло. Подъ именемъ res incorporales Римляне разумѣли всѣ права, кромѣ права собственности, особенно же права, имѣющія своимъ послѣдствіемъ виндикацію, каковы сервитуты, право наслѣдованія и проч. (предметомъ виндикаціи въ сервитутахъ служитъ вещь, въ наслѣдованіи же самое право).

Отступленіе отъ понятія тѣлесности вещи заключается въ томъ, что право, кромѣ вещей матеріальныхъ, признаетъ еще вещи безтѣлесныя, фиктивныя (fingirte Sachen): совокупность вещей тѣлесныхъ представляется и обсуждается какъ единичная вещь; при этомъ, 1) или нѣсколько вещей образуютъ физическое цѣлое (домъ, машину, корабль); въ этомъ случаѣ не будетъ никакого расширенія понятія вещи (такъ наз. universitas rerum cohaerentium); 2) или нѣсколько вещей, въ силу одинаковости назначенія, образуютъ какъ бы невидимое цѣлое; связь ихъ представляется не матеріальною, физическою, какъ въ первомъ случаѣ, а лишь мысленною (таковы—стадо, библіотека, магазинъ). Стадо, библіотека и проч. и будутъ безтѣлесными, фиктивными вещами, называемыми вообще universitas rerum distantium. Существенныя свойства этихъ вещей слѣдующія. Онѣ представляютъ собой

1) Совокупность физическихъ предметовъ. Ошибочное дѣленіе вещей на тѣлесныя и безтѣлесныя было причиною того, что съ понятіемъ объ universitas rerum стали соединять понятіе о совокупности правъ или имуществъ, технически называя ихъ universitas juris (наслѣдство, peculium, dos), совокупность же вещей, дѣйствительная universitas rerum называлась universitas facti seu hominis (потому, якобы, что она основывается на произвольномъ назначеніи, даваемомъ ей человѣкомъ [1]). Эти universitates juris отнюдь не могутъ относиться къ сложнымъ вещамъ. Но съ этой научной ошибкой нѣкоторые юристы связали еще практическое заблужденіе. Практическое различіе между universitas juris и universitas rerum выражается, по мнѣнію ихъ, правиломъ: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei. Въ другомъ мѣстѣ мы докажемъ, что это правило ложно даже и по отношенію къ такъ называемой universitas juris [2]).

означаетъ ни вещь (т. е. corpus), ни предметъ, а право, внѣшнее по отношенію къ лицу, т. е. имущественное право; такимъ образомъ bonorum possessio sine re означаетъ не владѣніе безъ наличности вещи, а владѣніе безъ права наслѣдованія. *Прим. изд.*

[1]) По примѣру глоссы къ L. 1. §. 8 D. quando de pec. (15, 2): peculium est universitas incorporea et juris, in qua actiones continentur: sed illud est verum de corpore aliquo vel corporea universitate ut equitio. *Прим. изд.*

[2]) Именно, если этимъ правиломъ выражается мысль, что лицо становится собственникомъ вещи, вслѣдствіе простаго пріобрѣтенія ея на его деньги,

2) Совокупность фактически самостоятельныхъ вещей, не образующихъ новаго матеріальнаго цѣлаго. Вполнѣ ошибочно думаетъ Варнкёнигъ [1]), что въ такомъ соединеніи нѣтъ ничего юридическаго, что оно чисто естественное. Такое мнѣніе, неразличающее цѣлое отъ составныхъ частей, представляется страннымъ и фантастическимъ.

3) Соединеніе вещей обусловливается одинаковымъ, по самой сущности, назначеніемъ всѣхъ соединяемыхъ вещей; (поэтому напр. не всѣ вещи, находящіяся въ домѣ, могутъ входить въ составъ одной сложной вещи).

4) Связь ихъ должна быть юридическою (nexus); когда напр. нѣсколько хозяевъ уговорятся пасти своихъ коровъ подъ надзоромъ одного пастуха, то такое стадо уже не будетъ одною universitas, въ юридическомъ смыслѣ.

5) Каждая universitas должна имѣть самостоятельное бытіе; она не должна находиться въ служебныхъ отношеніяхъ къ другой вещи, или составлять часть ея, какъ напр. снасти корабля, instrumentum fundi.

6) Universitas, причисляемая къ вещамъ, признается способною быть объэктомъ права; такъ, по отношенію къ стаду возможны права — собственности, залога, пользованія и т. п. Перемѣна отдѣльныхъ составныхъ частей такого объэкта не измѣняетъ вовсе права на весь объэктъ. Составные элементы его не перестаютъ сами по себѣ быть вещами; рядомъ съ правами на всю совокупную вещь стоятъ права на отдѣльныя, входящія въ составъ ея, вещи. Поэтому нельзя не признать ошибочнымъ мнѣніе Вангерова [2]), что во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда объэктомъ извѣстнаго юридическаго отношенія служитъ одна сложная вещь, то вопросъ объ отдѣльныхъ вещахъ не имѣетъ никакого значенія.

см. § 149 и прил. XVI. Напротивъ, характеръ владѣнія таковъ, что оно не превращается вслѣдствіе обмѣна отдѣльныхъ составныхъ частей владѣемаго имущества на деньги, и на оборотъ. Въ этомъ-то смыслѣ правило: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei дѣйствуетъ не только по отношенію къ наслѣдству, L. 22. D. de H. P. (5, 3), но и по отношенію къ peculium castrense, стоящему даже внѣ наслѣдованія, L. 1. C. de castr. pec. (12, 37). Впрочемъ разсматриваемое правило не ограничивается одними universitates juris и универсальными исками. см. напр. L. 5. § 14. D. de trib. act. (14, 4); L. 18. D. quod metus (4, 2); L. 7. § 3; L. 28. § 3. 4. D. de don. int. vir. et ux. (24, 1). Древнее правило: surrogatum sapit naturam ejus, in cujus locum surrogatum est, принимаемое въ общемъ смыслѣ, совершенно ложно.

[1]) Archiv f. civ. Praxis XI, 9, стр. 179.

[2]) Leitfaden f. Pandectenvorlesungen, т. I, стр. 91.

7) Universitas rerum не всегда имѣетъ значеніе одной вещи: во всѣхъ вопросахъ о владѣніи такого universitas преимущество имѣетъ болѣе простое, естественное ея представленіе, — совокупности многихъ отдѣльныхъ вещей, подлежащихъ отдѣльному освоенію.

Вторымъ моментомъ въ понятіи вещи является безусловное подчиненіе ея человѣческому владычеству. Вещь не имѣетъ другаго назначенія, какъ подчиняться человѣческой волѣ. Такому понятію вещи не противорѣчитъ то обстоятельство, что въ дѣйствительности встрѣчаются безхозяйныя вещи; напротивъ, существованіе ихъ представляется какъ-бы юридическою необходимостью.

Но есть вещи, надъ которыми нѣтъ и не можетъ быть права собственности. Такая невозможность обусловливается или свойствами лица, которое non habet commercium cujus rei, или свойствами вещи, res quarum commercium non est. Эти вещи суть nullius in bonis.

Къ такимъ вещамъ принадлежатъ всѣ res divini juris:— res religiosae [1]) и sacrae [2]), не находящіяся ни въ чьей собственности, ни даже въ собственности церкви. Такого взгляда на res divini juris держится и католическая церковь; протестантская же, отвергнувъ его, причислила эти священныя вещи къ вещамъ церковнымъ, res ecclesiae, и подчинила ихъ праву церкви. Также обсолютно невозможно установленіе права частной собственности и на res omnium communes [3]). Такое назначеніе ихъ для всѣхъ и каждаго исключаетъ возможность установленія спеціальнаго права на нихъ. Это правило относится впрочемъ только къ цѣлымъ вещамъ, находящимся въ общемъ пользованіи: освоеніе же выдѣленныхъ частей ихъ возможно, если только самое выдѣленіе не запрещено особымъ постановленіемъ; такъ напр. разрѣшаются постройки на берегу моря и даже въ открытомъ морѣ. Право собственности частныхъ лицъ на эти выдѣленныя части продолжается однако только до тѣхъ поръ, пока существуетъ самое выдѣленіе.

Кромѣ того встрѣчаются вещи, невозможность освоенія которыхъ есть только относительная, которыя являются extra commercium только для отдѣльныхъ частныхъ лицъ. Къ нимъ относятся нѣкоторыя вещи, находящіяся въ собственности государства или общины,—res publicae: но это не тѣ вещи, ко-

---

[1]) Кладбища и могилы.
[2]) Вещи, посвященныя богослуженію и религіознымъ обрядамъ.
[3]) Таковы aër, aqua profluens et mare et per hoc litora maris.
Изъ Пандектъ.

торыя находятся in pecunia populi seu iniversitatis и принадлежатъ къ имуществу, назначенному на удовлетвореніе общественныхъ потребностей: возможность частнымъ лицамъ пріобрѣтать право собственности на вещи такого рода можетъ быть затруднена какимъ-нибудь jus singulare (напр. государственная собственность не утрачивается по давности), но не можетъ быть уничтожена совершенно. Къ означеннымъ вещамъ, изъятымъ изъ обладанія отдѣльныхъ лицъ, принадлежатъ res quae in publico usu habentur—общественныя площади, сухопутныя и водныя дороги, строенія, находящіяся въ общемъ пользованіи. Всѣ онѣ не могутъ ни подъ какимъ условіемъ сдѣлаться объэктами права собственности отдѣльныхъ лицъ. Такое же назначеніе для publicus usus имѣютъ и нѣкоторыя вещи, принадлежащія частнымъ собственникамъ, напр. небольшія дороги, берегъ судоходной рѣки, насколько онъ необходимъ для пользованія самою рѣкою.

Городскія стѣны и ворота, какъ особый видъ вещей всеобщихъ, res publicae, названы res sanctae и сравнены съ res divini juris, относительно наказуемости нарушенія ихъ цѣлости, и съ res publicae in publico usu, относительно невозможности отдѣльнаго частнаго освоенія.

Вещи [1]), изъятыя изъ частнаго обладанія, охранялись отъ присвоенія отдѣльными лицами особыми, спеціально для того назначавшимися, чиновниками; такимъ оффиціальнымъ вмѣшательствомъ обыкновенно устраняются всѣ попытки присвоенія этихъ вещей и въ настоящее время. Впрочемъ римское право открываетъ и другой путь для ихъ охраненія, предоставляя начинать преслѣдованіе противъ нарушителей или каждому члену государства, какъ естественному его представителю (actio popularis), или тому лицу, которое потерпѣло отъ нарушенія. Такіе иски, особенно же иски втораго рода, должны быть допускаемы и въ настоящее время во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда оффиціальное охраненіе слишкомъ медленно или недостаточно.

Для охраненія res divini juris назначены: 1) интердиктъ ne quid in loco sacro fiat противъ всякаго, предпринимающаго что-либо во вредъ освященнаго мѣста [2]); истцемъ можетъ быть каждое лицо, принадлежащее къ данному религіозному обществу; 2) интердиктъ de mortuo inferendo, уполномочивающій, въ видахъ ускоренія погребенія, всякое лицо, которое имѣетъ извѣстное право собственности на участокъ, назначенный для

---

[1]) Изъ Пандектъ §. 35 a

[2]) L. 1 D. ne quid in loco sacro (43, 6).

погребенія умершихъ, и право котораго кѣмъ-либо оспаривается,—опустить тѣло въ спорную землю до разрѣшенія тяжбы [1]); 3) интердиктъ de sepulcro aedificando, предоставленный лицу, имѣющему право соорудить памятникъ надъ могилой, но встрѣчающему къ тому препятствія [2]); 4) искъ противъ предумышленнаго нарушителя неприкосновенности могилы, влекущій за собой различныя наказанія, смотря по свойству самаго нарушенія: въ случаѣ предъявленія иска лицомъ управомоченнымъ штрафъ опредѣлялся по усмотрѣнію судьи; въ случаѣ actio popularis виновный подвергался штрафу въ 100 золотыхъ; если же нарушеніе неприкосновенности могилы произошло отъ устроенія жилища внутри памятника, или посредствомъ разрушенія этого послѣдняго, то наказаніе составляло 200 золотыхъ [3]).

Для охраненія общественныхъ площадей, путей сообщенія и свободнаго пользованія ими [4]) назначены: 1) интердиктъ въ пользу всякаго лица, въ ущербъ котораго воздвигаются другимъ лицомъ на извѣстномъ locus publicus какія-либо сооруженія, лишающія его нѣкоторыхъ удобствъ: совладѣнія (Mitgebrauch), прохода, вида и проч. [5]); этотъ интердиктъ обусловливаетъ пріостановку тѣхъ сооруженій, воспрещаетъ ихъ окончаніе и представляется такимъ образомъ запретительнымъ, а не охранительнымъ; полное же устраненіе законченной постройки предоставлено упомянутымъ выше спеціальнымъ чиновникамъ [6]). Иртердиктъ этотъ лишается силы, если строитель имѣетъ разрѣшеніе начальства, имъ не нарушенное [7]); 2) общій интердиктъ (Popularinterdict) противъ лица, чѣмъ-либо преграждающаго путь и тѣмъ затрудняющаго пользованіе имъ;онъ влечетъ за собой устраненіе преграды [8]) и обязанность владѣльца снять преграждающіе предметы и очистить путь [9]); 3) actio popularis противъ всякаго лица, строеніе

---

1) L. 1 pr. §. 1—4. D. de mortuo infer. (11, 8); L. 43 D. de relig. (11, 7)
2) L. 1 §. 5—10. D. de mortuo infer. (11, 8).
3) L. 3 pr. D. de sep. viol. (47, 12)
4) Подъ именемъ loca publicae разумѣется здѣсь не всякая публичная недвижимая собственность, а лишь назначенная для всеобщаго пользованія L. 2 §. 2—5. D. ne quid in loco publ. (43. 8); Dig XLIII. 7. de locis et itineribus publicis.
5) L. 2 §. 10—15. D. ne quid in loco publ. (43, 8).
6) L. 2 pr. §. 17, 18; L. 7 eod.
7) L. 2 pr. §. 10 eod. То лицо, которому препятствуютъ въ пользованіи какимъ-либо locus publicus не въ указанномъ случаѣ (т. е. когда эта общественная собственность не есть дорога), имѣетъ лишь actio injuriarum L. 21. § 9. eod.
8) L. 2 §. 20 - 34 eod.
9) L. 2 §. 35—44 eod.

котораго, выходящее на улицу, имѣетъ какія-нибудь части или вообще предметы, грозящіе паденіемъ и опасностью проходящимъ, чѣмъ затрудняется пользованіе улицей (qui positum vel suspensum habet); отвѣтчикомъ является не только непосредственный виновникъ, но и всякое лицо, допустившее въ своей квартирѣ существованіе такихъ опасныхъ предметовъ; наказаніе составляетъ штрафъ въ 10 солидовъ [1]); 4) интердиктъ въ пользу всякаго гражданина, испытывающаго стѣсненіе въ пользованіи общественной дорогой [2]); 5) интердиктъ въ пользу всякаго лица, встрѣчающаго препятствіе къ исправленію общественнаго пути [3]); 6) интердиктъ de cloacis publicis — противъ всякаго, предпринимающаго что-либо ко вреду общественныхъ клоакъ; этотъ интердиктъ обязываетъ виновнаго исправить то, что имъ испорчено [4]).

Для защиты общественныхъ водъ [5]) и пользованія ими существуютъ: 1) интердиктъ противъ лица, предпримающаго или въ самой общественной рѣкѣ, или на ея берегахъ что либо, препятствующее судоходству; онъ обязываетъ прекратить подобныя дѣйствія [6]), уничтожить сдѣланное и возстановить рѣку въ первоначальномъ ея видѣ [7]); 2) общій интердиктъ противъ всякаго, измѣнившаго, тѣмъ или другимъ сооруженіемъ въ рѣкѣ или на ея берегахъ, то теченіе воды, которое существовало въ предшествующее лѣто; этотъ интердиктъ обязываетъ владѣльца уничтожить такія сооруженія и возстановить нарушенное [8]); 3) интердиктъ, предоставляемый лицу, стѣсненному въ пользованіи общественными водами [9]); 4) интердиктъ de ripa munienda—въ пользу того лица, которому препятствуютъ продолжать постройку, назначенную для охраненія берега обще-

---

1) L. 5 §. 6—13 D. de his qui effud. (9, 3).

2) L. 2 §. 45 D. ne quid in loco publ. (43, 8).

3) L. 1 D. de via publ. et itinere publ. reficiendo (43, 11).

4) L. 1 §. 15, 16; L. 2. D. de cloacis (43, 2); Schmidt. Zeitschr. f. geschicht. Rechtwiss. XV. 3 (1850).

5) Къ нимъ по римскому праву относятся всѣ проточныя рѣки; если рѣка направляется по частному земельному участку, то она вовсе не становится flumen privatum, а скорѣе дѣлаетъ тѣ части участка, по которымъ проходитъ, также общественною собственностью. L 1 § 2—10; L. 3 D. de fluminibus

6) L. 1 pr. §. 11—16; L. 2 eod.

7) L. 1 §. 19—22 eod. Эти интердикты распространены на моря и на несудоходныя рѣки (вѣроятно, когда онѣ имѣютъ вліяніе на судоходство другихъ рѣкъ?) L. 1 §. 17, 18 eod.

8) Dig. XLIII. 13: ne quid in flumine publ fiat quo aliter aqua fluam, atque, uti priori aestate fluxit.

9) Dig. XLIII 14: uti in flum. publ. navigare liceat.

ственной воды или прилегающаго къ нему земельнаго участка, —дается подъ тѣмъ условіемъ, чтобы это лицо не препятствовало судоходству и въ теченіе 10 лѣтъ гарантировало прочимъ береговладѣльцамъ damni infecti cautio во всѣхъ тѣхъ убыткахъ, которые можетъ причинить его предпріятіе [1]). Всѣ эти способы охраненія не устарѣли и теперь, хотя въ государствахъ нашего времени они представляются излишними.

Возвратимся къ вещамъ, подчиненнымъ юридическому господству человѣка, и посмотримъ на тѣ свойства, которыя имѣютъ вліяніе на положеніе ихъ въ юридическомъ быту. Свойства эти могутъ быть физическія и юридическія.

§ 36.

Наибольшее значеніе въ правѣ имѣетъ дѣленіе вещей на *движимыя* и *недвижимыя*. Движимыми называются тѣ вещи, которыя способны къ перемѣнѣ мѣста безъ всякаго измѣненія своей сущности. Къ недвижимымъ вещамъ принадлежитъ почва со всѣми ея естественными и искусственными, существенно связанными съ нею, аггрегатами, res soli, каковы—растенія, строенія. Отдѣльные земельные участки, praedia, раздѣляются на pr. rustica и urbana, причемъ различіе это обусловливается не только мѣстонахожденіемъ участка (въ деревнѣ или городѣ), но и самыми его свойствами (годностью для земледѣлія или негодностью). Домъ непремѣнно praedium urbanum. Но если онъ находится въ имѣніи, построенъ въ интересахъ сельскаго хозяйства и имѣетъ исключительно сельскохозяйственное назначеніе, то такой домъ принадлежитъ къ разряду praedia rustica. И наоборотъ, незастроенное и потому способное къ обработкѣ мѣсто, т. е. praedium rusticum, можетъ принадлежать къ городскимъ землямъ, если оно назначено для удовлетворенія потребностямъ городской жизни.

Вторымъ физическимъ свойствомъ вещей, имѣющимъ правовое значеніе, является продолжительное существованіе (Dauer). Недвижимыя вещи отличаются отъ движимыхъ большею продолжительностью бытія; но изъ движимыхъ вещей немногія уменьшаются и даже вовсе уничтожаются вслѣдствіе употребленія по назначенію; такимъ образомъ употребленіе нѣкоторыхъ вещей тотчасъ же существенно измѣняетъ, уменьшаетъ и даже уничтожаетъ ихъ самихъ; это уничтоженіе можетъ быть или полное, напр. потребленіе жизненныхъ припасовъ, или же

---

[1]) Dig. XLIII. 15: de ripa munienda.

только относительное: вещь уничтожается лишь для ея собственника, напр. при употребленіи денегъ. Вещи такого рода называются res quae usu consumuntur. vel minuuntur, res quae in absumtione. in abusu sunt. *потребляемыми* вещами (Consumtibilien). Потребляемость вещей препятствуетъ имъ быть объэктомъ тѣхъ юридическихъ отношеній, которыя предполагаютъ прочность вещи. продолжительное пользованіе ею (напр. quasi-usus fructus).

Еще важнѣе индивидуальное значеніе вещей. Всѣ вещи фигурируютъ въ юридическомъ быту или какъ родовыя, или какъ индивидуальныя. Въ собственности являются онѣ какъ индивидуумы, въ обязательствахъ — или съ тѣмъ же характеромъ (этотъ земельный участокъ. такія то монеты). или съ родовымъ характеромъ (земельный участокъ такого-то объема. такое-то количество монетъ).

Въ большинствѣ случаевъ отдѣльные индивидуумы. species. принадлежащіе къ одному роду, genus, имѣютъ различную стоимость. Такіе неравноцѣнные и неравнозначащіе индивидуумы не могутъ замѣнять одинъ другаго; поэтому обязательство доставить такую индивидуальную вещь, если самый индивидуумъ точно не опредѣленъ, — обязательство неопредѣленное, объэктъ его есть incertum (но все таки не нуль, если только тотъ родъ, къ которому принадлежитъ данный объэктъ, не содержитъ въ себѣ вполнѣ безцѣнныхъ видовъ, „summum genus“).

Но есть классъ вещей, которыя не представляютъ индивидуальнаго различія, ибо всѣ отдѣльные виды (species), принадлежащіе къ одному роду (genus), имѣютъ одинаковое значеніе для употребленія (communi specie continentur) и поэтому фигурируютъ не отдѣльно, а въ опредѣленномъ количествѣ. Цѣнность ихъ опредѣляется качествомъ и количествомъ. Поэтому, чтобы обязательство на такія вещи было вполнѣ опредѣленнымъ, obl. certa, необходимо только опредѣленіе ихъ качества и количества. Это — вещи, quae pondere, numero, mensura consistunt (т. е. не такія вещи, которыя сами подлежатъ измѣренію, каковы напр. поземельные участки, а вещи, въ которыхъ опредѣленію и измѣренію подлежатъ только качество и количество). Относительно этихъ вещей можно сказать, что tantundem=idem; однородныя вещи этого класса, носящія названіе res fungibiles, *родовыхъ*, *торговыхъ*, *замѣняемыхъ* вещей, могутъ вполнѣ замѣнять другъ друга. Къ нимъ относятся деньги, хлѣбъ, необработанные металлы и проч. Названіе res fungibiles (родовыя) дано имъ въ XVI в. Ульрихомъ Цазіемъ [1]); терминъ же „замѣняемыя вещи“ (vertretbare) [2])

[1]) Ср, Zasius ad §. 30. I. de act. (4, 6). № 17, 18. *Прим. изд.*

[2]) Присвоенный имъ ученымъ Цахаріэ. *Прим. изд.*

не отличается большею характеристичностью. Въ заключеніе необходимо упомянуть слѣдующія ошибочныя воззрѣнія на эти вещи:

1) Замѣняемость вещей весьма часто смѣшивалась съ потребляемостью ихъ; на самомъ дѣлѣ потребляемость и замѣняемость— два совершенно различныя понятія, которыя вовсе неотожествляются вслѣдствіе постояннаго соединенія выражаемыхъ ими свойствъ въ однихъ и тѣхъ же вещахъ. Весьма часто случается, что самая потребляемость какой-либо вещи придаетъ ей родовой, замѣняемый характеръ. Съ другой стороны и замѣняемыя, родовыя вещи могутъ мыслиться и безъ свойства потребляемости, напр. невыдѣланные металлы, камни.

2) Ошибочно мнѣніе, будто замѣняемая вещь должна непремѣнно считаться таковою во всѣхъ юридическихъ отношеніяхъ. Есть юридическія отношенія, въ которыхъ замѣняемость или незамѣняемость объэкта не имѣетъ никакого значенія, напр. поклажа денегъ. Напротивъ даже замѣняемыя вещи, будучи объэктами права собственности, считаются всегда незамѣняемыми. (Объэктомъ права собственности не можетъ быть то или другое количество чего-либо, а лишь та или другая опредѣленная вещь; не можетъ быть права собственности на извѣстную сумму, а лишь на извѣстное количество монетъ).

3) Ложно также и противоположное мнѣніе, будто каждая вещь должна считаться замѣняемою. Правда, что всѣ вещи могутъ быть признаваемы незамѣняемыми, но не всѣмъ имъ можно придать значеніе замѣняемыхъ. Разсматриваемое воззрѣніе основано на смѣшеніи родоваго характера вещи съ замѣняемостью. Извѣстное лицо можетъ, по своему субъективному воззрѣнію, считать всѣ свои вещи замѣняемыми, признавая разницу въ стоимости индивидуумовъ незначительною, но такой субъэктивный взглядъ вовсе не измѣняетъ объэктивныхъ свойствъ вещей.

Замѣняемость, (т. е. отсутствіе особыхъ, индивидуальныхъ характеристическихъ качествъ) также мало говоритъ въ пользу вещей, какъ и въ пользу человѣка.

§ 37.

Перейдемъ къ свойствамъ, которыя заключаютъ въ себѣ, или обусловливаютъ извѣстное отношеніе между нѣсколькими вещами.

Первымъ свойствомъ такого рода, имѣющимъ отчасти физическій, отчасти юридическій характеръ, является *производительность*, свойство—весьма важное въ правовомъ отношеніи; вещь, одаренная этимъ свойствомъ, способствуетъ увеличенію

имущества своего субъэкта не только собственнымъ бытіемъ, но и всѣми заключающимися въ ней силами и средствами. Такая выгода, доставляемая вещью въ силу самаго ея назначенія, называется *плодомъ*, fructus. Юридическое понятіе плода не всегда совпадаетъ съ естественнымъ понятіемъ его, какъ органическаго произведенія.

1) Не всѣ органическіе продукты суть плоды въ юридическомъ смыслѣ, а лишь тѣ, которые даетъ вещь въ силу своего внутренняго назначенія. Поэтому къ нимъ не принадлежатъ дѣти рабовъ (partus ancillae), деревья, срубаемыя для того, чтобы сравнять землю, и валежникъ [1]).

2) Не всѣ fructus—органическіе продукты; къ нимъ принадлежатъ и разныя другія выгоды, извлекаемыя изъ вещи, напр. арендная плата, проценты съ капитала и пр. [2]).

Этотъ родъ плодовъ назвали *юридическими плодами*, fructus civiles, въ противоположность *естественнымъ* плодамъ, fructus naturales. Между послѣдними различаются fructus mere naturales и fr. industriales, произведенные трудомъ обладателя ихъ. Въ [3]) понятіи о плодахъ необходимо отмѣтить слѣдующіе моменты: время соединеннаго бытія ихъ съ вещью-производительницею—fr. pendentes, отдѣленіе ихъ—fr. separati, освоеніе ихъ вообще—perceptio (ihr Bezug ueberhaupt) и возможность такого освоенія — fr. percipiendi (§ 170), освоеніе ихъ въ особенности—perceptio въ собственномъ смыслѣ слова, нахожденіе у освоившаго — fr. extantes, потребленіе или отчужденіе ихъ—fr. consumti.

Perceptio fructuum является весьма часто особымъ актомъ освоенія, завладѣнія плодами; иногда же она означаетъ лишь вообще возможность такого освоенія; напр., fructus percipiendi называются тѣ плоды, которые вообще могли быть освоены, но остались неосвоенными, versauemte Fruechte, какъ ихъ именуетъ Савиньи, т. е. плоды, возможность освоенія которыхъ была пропущена [4]).

---

[1]) L. 27 pr. D. de H. P. (5, 3); L. 17 §. 1 D. de R. V. (6, 1); L. 68 D. de usufr. (7, 1); L. 10 §. 2, 3 D. de jure dot. (23, 3); L. 28 §. 1 D. de usur. (22, 1); L. 7 §. 12 D. de sol. matr. (24, 3); L. 12 pr. D. de usufr. (7, 1). Изъ Пандектъ.

[2]) L. 26 D. de usur. (22, 1): Julianus venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet. Въ этой цитатѣ нѣтъ тавтологіи.

[3]) Изъ Пандектъ.

[4]) Слѣдуетъ избѣгать двухъ ошибочныхъ мнѣній: 1) что право на освоеніе плода есть слѣдствіе юридическаго владѣнія (possesio juris); такой взглядъ привелъ бы къ выводу, что фруктуарій и арендаторъ не имѣютъ права на плоды; 2) что къ несобраннымъ, оставленнымъ плодамъ относятся лишь дѣй-

Дѣлимостью въ юридическомъ смыслѣ называется возможность раздѣлить одну вещь между нѣсколькими лицами, имѣющими на нее извѣстныя права. При этомъ возможно три случая: 1) означенныя лица имѣютъ различныя права—право собственности, пользованія и проч.; здѣсь не будетъ нужды въ дѣленіи вещи; 2) они имѣютъ одинаковыя права каждый на всю вещь, напр. кредиторы по закладному обязательству (Pfandglaubiger); здѣсь также нѣтъ дѣленія вещи; 3) они имѣютъ одинаковыя права на извѣстныя части вещи.

Части вещи бываютъ физическія, при чемъ между ними возможна 1) или тѣсная, существенная связь, такъ что отдѣленіе части отъ цѣлаго производитъ въ немъ существенныя измѣненія (integrirende Theile), именно когда часть представляется органомъ цѣлаго; въ такомъ же отношеніи находятся домъ и растенія къ землѣ; на такія части вещь не дѣлима; только собственникъ цѣлаго можетъ быть собственникомъ части, или, говоря точнѣе, даже невозможно особое право собственности на такую часть; 2) или связь несущественная, такъ что отдѣленная часть продолжаетъ существовать, нисколько не измѣнившись въ своей сущности; вещь дѣлима на такія части, а самыя части могутъ составлять собственность различныхъ лицъ.

Вслѣдствіе права нѣсколькихъ лицъ на одну и ту же вещь, она представляется уже какъ бы разложенною на нѣсколько отдѣльныхъ вещей; такимъ образомъ возникаетъ право собственности pro diviso. Всего очевиднѣе оно, когда части имѣютъ только мысленную связь, когда между ними нѣтъ матеріальнаго соединенія, какъ напр. между частями какой-нибудь universitas rerum. Но оно возможно и тогда, когда существуетъ связь матеріальная, напр. между отдѣльными частями земельнаго участка, между колесомъ и экипажемъ, между камнемъ и домомъ. И въ этомъ случаѣ является нѣсколько отдѣльныхъ предметовъ, если возникаетъ раздѣльное право собственности на нихъ.

Часть можетъ быть также мысленною, интеллектуальною, невыдѣляемою изъ вещи, quota. Каждая вещь, конечно, дѣлима на такія части; только въ видѣ чисто юридической особенности установлена нераздѣльность нѣкоторыхъ вещей. Вещь, при существованіи на нее права собственности, не распадается на нѣсколько отдѣльныхъ цѣлыхъ, и потому является общее пра-

---

ствительно произведенные и неосвоенные (это мнѣніе видимъ напр. у Геймбаха Lehre von der Frucht, стр. 171—178). Съ этой точки зрѣнія полное пренебреженіе плодами было бы извинительнѣе, чѣмъ частное. *Прим. изд.*

во собственности нѣсколькихъ лицъ pro indiviso. Собственно говоря, только такія мысленныя доли можно назвать частями вещи, такъ какъ части вещей дѣлимыхъ фактически являются самостоятельными вещами [1]).

За этимъ мысленнымъ дѣленіемъ слѣдуетъ уже дѣйствительное, фактическое раздѣленіе вещи, или физически, когда каждый вмѣсто идеальной доли предмета получаетъ матеріальную часть его, или юридически, по цѣнѣ вещи, когда каждому достается соотвѣтственная часть стоимости вещи.

Принадлежностью (Pertinenzqualität) [2]) называется такое свойство вещи, по которому она, не будучи на самомъ дѣлѣ частью другой вещи, считается, благодаря своему спеціальному назначенію, какъ бы ея частью, quasi pars [3]). При этомъ наблюдаются слѣдующія условія: 1) вещь должна быть вполнѣ предназначена для служебнаго отношенія къ главной вещи и не должна имѣть самостоятельнаго назначенія. Только такая внутренняя связь между двумя вещами дѣлаетъ одну вещь принадлежностью другой; внѣшняя же связь не всегда имѣетъ такое значеніе (вещи матеріально связанныя. fixa, vincta, не всегда служатъ принадлежностями, съ другой стороны нѣкоторыя принадлежности вовсе не состоятъ во внѣшней связи съ главною вещью); 2) такое служебное назначеніе вещи должно быть постоянное; временное отдѣленіе принадлежности отъ главной вещи не уничтожаетъ зависимаго отношенія между ними; 3) это служебное отношеніе одной вещи къ другой должно осуществляться въ дѣйствительности.

Главная вещь можетъ быть недвижимою или движимою. Нѣкоторые юристы ошибочно полагаютъ, что въ послѣднемъ случаѣ только части главной вещи могутъ считаться принадлежностями ея. Чаще всего, конечно, идетъ рѣчь о принадлежностяхъ вещей недвижимыхъ. Къ разряду принадлежностей не могутъ быть отнесены ни instrumentum fundi, ни instrumen-

---

[1]) L. 25. §. 1. D. de V. S. (50, 16). Слово часть можетъ имѣть двоякое значеніе (субъективное и объективное): 1) значеніе составной части; части, изъ которыхъ состоитъ вещь, суть всегда физическія; 2) значеніе доли или части вещи, принадлежащей лицу; эти доли могутъ быть физическія (вещь принадлежитъ нѣсколькимъ лицамъ pro diviso), или мысленныя (вещь принадлежитъ имъ pro indiviso, res eorum communis est). Изъ Пандектъ.

[2]) Терминъ „pertinentiae" произошелъ отъ pertinentia ad fundum и существуетъ лишь съ среднихъ вѣковъ. Ducange s. v. civitatis—fines dicimus qui pertinentias suas longe lateque concludunt. Другой терминъ „вспомогательная вещь" (Huelfssache) имѣетъ извѣстныя достоинства, но врядъ ли ему удастся вытѣснить изъ употребленія получившее полное право гражданства и общепонятное названіе „принадлежность". Изъ Пандектъ.

[3]) L. 13. §. 31. D. de A. E. V. (19, 1).

tum ædium. Подъ instrumentum здѣсь слѣдуетъ разумѣть совокупность вещей, назначенныхъ въ первомъ случаѣ для сельскаго хозяйства, во второмъ — для пользованія зданіемъ, такъ какъ невозможно признать всѣ эти вещи назначенными для самого поземельнаго участка или дома, а напротивъ слѣдуетъ считать ихъ, вмѣстѣ съ поземельнымъ участкомъ и домомъ, назначенными для сельскаго хозяйства или для житья, т. е. для достиженія одной и той же цѣли съ вещами, кажущимися, съ перваго взгляда, главными. Относительно земельныхъ участковъ (fundus) существуетъ правило, что принадлежностью ихъ является все то, что связано съ землей, поэтому ruta cæsa не могутъ считаться ихъ принадлежностью [1]). Это правило объясняется тѣмъ, что только о тѣсно связанныхъ съ землею вещахъ можно съ достовѣрностью сказать, что онѣ не имѣютъ самостоятельнаго назначенія, а предназначены для даннаго земельнаго участка. Совсѣмъ иное слѣдуетъ сказать о принадлежностяхъ домовъ.

Особенно важенъ вопросъ о принадлежности—при отчужденіи имуществъ, напр. при продажѣ, отказѣ и пр., такъ какъ принадлежность всегда слѣдуетъ за главной вещью и потому продается, дарится и завѣщается вмѣстѣ съ нею. Римскими юристами ученіе о принадлежностяхъ излагается въ видѣ множества отдѣльныхъ примѣровъ, которые впрочемъ далеко не такъ поучительны, какъ самые принципы, которыми эти юристы руководствовались при толкованіи примѣровъ. Только означенные принципы должны имѣть значеніе, а не буквальный смыслъ отдѣльныхъ рѣшеній, встрѣчающихся въ римскомъ правѣ и отражающихъ на себѣ вліяніе нравовъ и быта того времени. Образецъ недоразумѣнія представляютъ замки, seræ, которые въ древнее время всегда были висячими и все-таки въ римскомъ правѣ считались принадлежностями домовъ [2]); теперь, когда существуютъ замки двухъ родовъ, повидимому, слѣдовало бы считать всѣ замки принадлежностями, но на самомъ дѣлѣ, благодаря различной конструкціи нхъ, принадлежностями дома должно считать замки внутренніе, а не висячіе. Укажемъ еще примѣръ зависимости вопроса о принадлежностяхъ отъ обычаевъ и бытовыхъ условій: печи, въ силу климатическихъ и другихъ условій нѣкоторыхъ мѣстностей, считаются тамъ простою мебелью, тогда какъ въ другихъ мѣстахъ онѣ составляютъ необходимую принадлежность дома.

---

[1]) L. 17. §. 6. D. de A. E. V. (19, 1).
[2]) L. 17. pr. D. de A. E. V. (19, 1).

Присоединеніе одной вещи къ другой, вслѣдствіе котораго одна является главною, а другая, присоединяемая — зависимою въ какомъ-либо отношеніи (не требуется зависимости во всѣхъ отношеніяхъ), — называется accessio. То же названіе носитъ и присоединяемая придаточная вещь.

Такое же отношеніе можетъ существовать и между правами, напр. закладное право (Pfandrecht) есть accessio требованія (Forderung), требованіе съ поручителя — accessio требованія съ главнаго должника; иски могутъ имѣть, кромѣ главнаго предмета и второстепенные предметы (о всѣхъ этихъ случаяхъ см. ниже въ подлежащихъ мѣстахъ). Здѣсь мы будемъ говорить только объ акцессіи, какъ о зависимомъ отношеніи между вещами. Въ понятіи такого отношенія должно указать два момента:

1) нѣсколько вещей должны быть связаны между собой (матеріально или мысленно); но одного этого не достаточно: отношеніе соединенныхъ такимъ образомъ вещей можетъ быть отношеніемъ равныхъ къ равнымъ, что бываетъ напр. когда двѣ вещи, соединяясь, образуютъ третью; въ этомъ случаѣ между обѣими частями не будетъ вовсе акцессіи, напр. между камнями дома; поэтому

2) одна вещь должна еще имѣть своимъ назначеніемъ стать въ зависимость отъ другой вещи въ какомъ бы то ни было юридическомъ отношеніи; такое назначеніе имѣютъ напр. части по отношенію къ цѣлому, принадлежности — къ главной вещи, плоды — къ вещи ихъ производящей. Fructus pendentes представляются частями главной вещи, но и, послѣ отдѣленія ихъ, они продолжаютъ въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ считаться акцессіей вещи, ихъ произведшей.

Вотъ тѣ начала, по которымъ слѣдуетъ обсуждать акцессіонныя отношенія вещей. Такія отношенія представляются весьма часто несомнѣнными, напр. между строеніемъ и почвой, растеніями и земельнымъ участкомъ, камнями и строеніемъ и проч. Но нерѣдко можетъ возникнуть сомнѣніе какъ о томъ, существуетъ ли въ данномъ случаѣ акцессіонное отношеніе одной вещи къ другой, такъ и о томъ, которая изъ двухъ вещей есть собственно accessio. Стоимость и объемъ вещей не имѣютъ никакого значенія при разрѣшеніи такого сомнѣнія [1]).

У римскихъ юристовъ мы находимъ впрочемъ разрѣшеніе нѣсколькихъ частныхъ случаевъ, принятое и въ Пандекты, которое мы не только не возводимъ въ принципъ, но даже счита-

---

[1]) L. 19. §§. 13, 15, 20; L. 20, 29. §. 1. D. de auro, argento (34, 2); L. 7. §. 10. D. de adqu. rer. dom. (41, 1).

емъ ошибочнымъ. Такъ Кассій, по недостатку другихъ началъ, разрѣшилъ вопросъ о соединеніи двухъ металлическихъ тѣлъ по ихъ объему и цѣнѣ [1]). Вѣрнѣе было бы разрѣшить его такимъ образомъ, какъ будто бы въ данномъ случаѣ вовсе и не существовало акцессіоннаго отношенія между тѣлами, а было лишь отношеніе равнаго къ равному, принимая оба тѣла за части третьей новой вещи -металлическаго слитка. (Этотъ правильный взглядъ указанъ и въ римскихъ источникахъ; мнѣніе же Кассія въ нихъ прямо не одобрено).

Не менѣе ложно и рѣшеніе Павла [2]) о томъ, что сочиненіе есть акцессія бумаги, картина — акцессія полотна (см. также ниже §. 164). Павлъ говоритъ, что многіе, не раздѣлявшіе его мнѣнія — въ виду большей цѣнности картинъ сравнительно съ полотномъ,—основываютъ свои разсужденія на неправильныхъ положеніяхъ; мы же считаемъ тѣ основанія, которыми Павлъ мотивируетъ свое мнѣніе, еще менѣе вѣрными, такъ какъ оно коренится на смѣшеніи двухъ вопросовъ: что безъ чего не можетъ существовать? и что ради чего существуетъ? Только отвѣчая на второй изъ нихъ, можно вѣрно разрѣшить и вопросъ объ акцессіи. Взглянемъ на человѣка и его одежду; хотя человѣкъ не можетъ существовать безъ одежды, однако его нельзя признать акцессіей платья, которое, напротивъ, сдѣлано для человѣка и потому составляетъ необходимую для него принадлежность (accessorium).

Цѣна.

§ 38.

Цѣна есть одно изъ свойствъ вещей, имѣющее весьма большое экономическое и юридическое значеніе. Цѣна опредѣляется отчасти по объему и важности тѣхъ цѣнностей, которыя вещью ею могутъ быть произведены,—это есть дѣйствительная цѣна, внутренняя стоимость вещи (Gebrauchswerth), отчасти же по количеству и важности тѣхъ цѣнностей, которыя можно получить въ гражданскомъ оборотѣ за эту вещь, — внѣшняя, мѣновая цѣна (Tauschwerth). Первая есть стоимость вещи, какъ объэкта прочнаго, длящагося права на нее; вторая — стоимость вещи, какъ объэкта мѣны. Мѣновая цѣна вещи выражается деньгами. Характеристическія свойства денегъ заключаются въ томъ, 1) что онѣ являются всеобщимъ орудіемъ мѣны и выра-

---

[1]) L. 27. §. 2. de A. R. D. (41, 1).
[2]) L. 23. §. 3. D. de R. V. (6, 1).

жаютъ собою цѣну всѣхъ вещей вообще, 2) что онѣ кромѣ того служатъ всеобщимъ орудіемъ уплаты (Zahlungsmittel), т. е. что всякая обязанность сдѣлать или доставить что-либо, составляющая предметъ обязательства, можетъ всегда найти себѣ эквивалентъ въ извѣстной денежной суммѣ и замѣниться ею, если невозможно специфическое исполненіе этой обязанности. Опредѣленіе цѣны вещи (оцѣнка — æstimatio въ общемъ смыслѣ) производится всегда ради обѣихъ цѣлей, для которыхъ она необходима: какъ ради имѣющагося въ виду обмѣна этой вещи на другія цѣнности (цѣна, Preis), такъ и ради замѣны ея въ случаѣ невозможности доставить именно эту вещь (оцѣнка — æstimatio въ собственномъ смыслѣ).

Нѣтъ ни одной вещи, которая бы соединяла въ себѣ всѣ свойства денегъ, такъ какъ нѣтъ вещи, имѣющей всеобщую и неограниченную годность, или составляющей всеобщую потребность. Такое свойство обыкновенно признается за одною какою-либо вещью всѣми лицами, находящимися въ гражданскомъ общеніи. Деньги не возникаютъ вслѣдствіе предписанія правительства, потому-что если бы правительство признало деньгами такую вещь, которую общественное мнѣніе не считаетъ общеполезною, то принужденіе къ признанію этого рода денегъ будетъ вынужденнымъ займомъ у подданныхъ (erzwungenes Darlehn). Это правило не отнимаетъ однако у государства права установлять для вещи, за которой народнымъ убѣжденіемъ признаны свойства денегъ, извѣстную форму и гарантію, и тѣмъ еще болѣе укрѣплять значеніе ея, какъ всеобщаго орудія мѣны. Деньгами считается обыкновенно вещь, которая имѣетъ всегда и повсюду одинаковую цѣну (какими бы условіями эта послѣдняя ни опредѣлялась), представляетъ собою по возможности меньшій объемъ и удобопереносима. Такою вещью у насъ теперь и еще прежде у Римлянъ были драгоцѣнные металлы—золото и серебро. Для облегченія употребленія драгоцѣнныхъ металловъ, они получаютъ отъ правительства ту или другую форму, служащую ручательствомъ опредѣленной стоимости даннаго куска металла, который въ такой формѣ уже называется *монетою*.

Приданіе благороднымъ металламъ формы монеты — *чеканъ* влечетъ за собою слѣдующія послѣдствія:

1) по отношенію къ цѣнѣ монеты. Монета всегда должна имѣть бо́льшую цѣну, чѣмъ равный ей по объему кусокъ невыдѣланнаго металла, такъ какъ въ эту цѣну должно включить расходы на чеканъ. Лицо, употребляющее монету, оплачиваетъ этою небольшою разницею то значительное удобство, что стоимость монеты гарантирована правительствомъ.

2) по отношенію къ вѣсу (Schrot). Монеты не чеканятся изъ чистаго металла, но изъ смѣси его съ нѣкоторымъ количествомъ неблагородныхъ металловъ, прибавляемыхъ для различныхъ цѣлей, напр. чтобъ уменьшить стираніе монеты. Поэтому вѣсъ монеты не равняется вѣсу равнаго ей по объему куска чистаго металла. Отношеніе благороднаго металла къ лигатурѣ называется *пробою* (Korn).

Такая примѣсь неблагородныхъ металловъ не имѣетъ вліянія на цѣну монеты и входитъ въ составъ тѣхъ издержекъ на чеканъ, суммою которыхъ увеличивается цѣна монеты. Цѣна опредѣляется по тому количеству чистаго металла, которое въ ней содержится (Feingehalt). Это же послѣднее зависитъ отъ того, сколько монетъ чеканится изъ извѣстной массы чистаго металла (Muenzfusz), напр. опредѣлено изъ марки серебра чеканить 14 талеровъ, или $24^1/_2$ гульдена.

Монеты имѣютъ значеніе денегъ, когда онѣ фигурируютъ въ юридическихъ отношеніяхъ въ видѣ количествъ и служатъ для опредѣленія цѣны или для платежа (ибо, какъ мы уже объяснили выше, таковы двѣ функціи денегъ). Количество ихъ здѣсь называется суммою и выражается числомъ монетъ извѣстной пробы; въ этомъ смыслѣ монета носитъ названіе ходячей (Rechnungsmuenze). Таковою служатъ или вычеканенныя монеты, напр. прусскіе талеры, или невычеканенныя, каковы напр. рейнскіе гульдены, которые чеканятся отдѣльными монетами лишь послѣ послѣдней монетной реформы, или саксонскіе талеры. Нѣтъ необходимости въ томъ, чтобы сумма, выраженная извѣстною ходячею монетою, ею непремѣнно и уплачивалась, напр., сто талеровъ могутъ быть выплачены и двуталерными монетами. Ходячей вычеканенной монеты могло бы поэтому вовсе и не существовать, какъ это и было на самомъ дѣлѣ въ Саксоніи.

Безъ значенія денегъ монеты являются тогда, когда онѣ служатъ объэктомъ извѣстныхъ юридическихъ отношеній; здѣсь онѣ хотя также фигурируютъ въ видѣ количествъ, но уже имѣютъ характеръ товара, напр. при размѣнѣ денегъ (Geldwechsel); то же бываетъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда монеты являются не количествами, а какъ отдѣльные индивидуумы, когда напр. онѣ служатъ объэктомъ права собственности, поклажи и ссуды.

По поводу уплаты долговъ возникаютъ нѣкоторые вопросы, разрѣшающіеся на основаніи характеристическихъ свойствъ денегъ; разъясненіемъ этихъ вопросовъ мы теперь и займемся, причемъ необходимо однако замѣтить, что они весьма часто разрѣшались ошибочно вслѣдствіе неправильнаго взгляда на свойства денегъ. Правилами, встрѣчающимися въ руководствахъ рим-

скаго права по настоящему поводу, слѣдуетъ пользоваться крайне осторожно потому, что даже Вангеровъ [1]) и тотъ заимствовалъ у Глюка [2]) его ложное положеніе, будто внутренняя стоимость монеты зависитъ отъ ея вѣса и пробы.

1) Вопросъ о *количествѣ*. Лицо, должное извѣстную сумму, обязано уплатить столько монетъ, чтобы количество содержащагося въ нихъ чистаго металла составило должную сумму. Перемѣна монетной пробы послѣ заключенія займа хотя и не измѣняетъ самой должной суммы, однако, и именно поэтому, измѣняетъ количество подлежащихъ уплатѣ монетъ; этихъ послѣднихъ необходимо будетъ столько, чтобы содержащееся въ нихъ количество драгоцѣннаго металла равнялось количеству его въ прежнихъ монетахъ. Кто напр. задолжалъ $13^2/_3$ талера въ то время, когда ихъ чеканилось именно столько изъ марки чистаго металла, тотъ долженъ уплатить теперь 14 талеровъ, такъ какъ теперь изъ марки серебра уже чеканится не $13^2/_3$, а полные 14 талеровъ. Сумма долга его оставалась всегда одна и таже, равняясь маркѣ чистаго металла, и только вслѣдствіе измѣнившихся расходовъ на чеканъ она представляется теперь 14-ю талерными монетами [3]).

Отъ содержимаго монеты (Gehalt) слѣдуетъ отличать цѣну ея, т. е. мѣновую стоимость по отношенію къ товарамъ, которые

---

[1]) Leitfaden f. Pandectenvorlesungen § 68.

[2]) Comment. XII. § 783.

[3]) Мнѣнія писателей относительно даннаго вопроса различны, смотря потому, принимается ли ими въ разсчетъ номинальная, металическая или наконецъ курсовая цѣна денегъ. Номинальная цѣна, за признаніе которой, хотя и съ нѣкоторыми ограниченіями, въ послѣднее время ратовалъ ученый Souchay (Zeitschr. f. Civilr. und Procesz. нов. сер. IX, 1851, № 12), предполагаетъ существованіе принудительнаго курса, который возможенъ только въ одномъ государствѣ и притомъ только для бумажныхъ денегъ. Металическая цѣна, принятая авторомъ въ текстѣ, подходитъ только къ займу металлическихъ денегъ, но ни къ покупкѣ послѣднихъ, ни къ бумажнымъ деньгамъ; впрочемъ и въ означенномъ случаѣ она не можетъ быть принята, такъ какъ должникъ, обязанный возвратить столько же, на сколько онъ займомъ увеличилъ свои средства, не можетъ, въ случаѣ паденія цѣны денегъ, исполнить это посредствомъ уплаты суммы, равной имъ полученной; поэтому остается только руководствоваться курсовой цѣной, т. е. цѣной, признаваемой за деньгами общественнымъ мнѣніемъ (publica ac perpetua aestimatio,—L. 1 pr. D. de contr. em. (18, 1), такъ какъ только это послѣднее (биржа) опредѣляетъ, что и въ какой мѣрѣ слѣдуетъ считать деньгами не только относительно своей страны, но даже относительно заграничныхъ монетъ и бумажныхъ денегъ. Въ случаѣ различія въ курсѣ, деньги по займу уплачиваются по тому курсу, который былъ въ данномъ мѣстѣ въ срокъ платежа, деньги за покупки—по тому курсу, который существовалъ въ мѣстѣ совершенія купли—продажи. Ученіе о курсовой цѣнѣ превосходно изложено Савиньи, Obligationenrecht, I, 1851 г., стр. 403—509 (§ 40—49). *Прим. ред.*

за нее можно получить. На эту послѣднюю нечего обращать вниманія. Если сегодня на талеръ можно купить меньше хлѣба, чѣмъ вчера, то это не уполномочиваетъ кредитора требовать больше съ должника, потому-что въ объэктѣ обязательства не произошло никакой перемѣны, а самое юридическое отношеніе не измѣняется вслѣдствіе уменьшенія цѣнности объэкта сравнительно съ другими предметами; понятно впрочемъ, что если кредиторъ потерпѣлъ ущербъ лишь вслѣдствіе беззаконной проволочки въ исполненіи обязательства, то этотъ ущербъ долженъ быть ему возвращенъ [1]). Мѣновую же стоимость монеты будетъ выражать то количество монетъ другаго сорта, которое за нее можно получить, напр. количество серебряныхъ монетъ, даваемыхъ за одну золотую [2]). Если это количество измѣнилось вслѣдствіе перемѣны чекана, то слѣдуетъ примѣнять вышеуказанное правило. Если же измѣненіе произошло по какимъ-либо другимъ причинамъ, то оно не влечетъ за собою никакихъ послѣдствій.

2) Вопросъ о *сортѣ* монетъ. Выборъ сорта монеты для уплаты зависитъ отъ должника, который, конечно, обязанъ платить ходячей монетой, а не монетой, уже вышедшей изъ употребленія; онъ ограниченъ также въ употребленіи для платежей мелкой монеты (Scheidemuenze). Эта мелкая монета, назначенная собственно для размѣна, чеканится низшей пробы, сравнительно съ крупными монетными единицами, а потому ея номинальная цѣна гораздо выше стоимости содержащагося въ ней чистаго металла. Въ виду этого, многія государства выпускали, съ цѣлію выгодать эту разницу, черезъ-чуръ большое количество мелкой монеты. Допустить, что должникъ можетъ уплатить всю сумму долга размѣнною монетой, значитъ признать за должникомъ право произвольно уменьшать величину долга на половину и даже больше. Вѣритель обязанъ въ уплату долга принимать размѣнную монету по номинальной цѣнѣ лишь настолько, насколько это сообразно съ ея назначеніемъ, т. е. на-

---

[1]) Вангеровъ, III. стр 3 , склоненъ признать въ наслѣдственныхъ арендныхъ договорахъ и имъ подобныхъ сдѣлкахъ право на возвышеніе цѣны на томъ основаніи, что цѣна денегъ постоянно и значительно падала въ теченіи послѣднихъ трехъ вѣковъ, хотя онъ соглашается съ тѣмъ, что будетъ затруднительно доказать сравнительное отношеніе мѣновой цѣны денегъ въ разныя времена. Но такое уменьшеніе есть неотклонимая заранѣе случайность, которая только показываетъ, какъ опасно заключать вѣчныя и даже продолжительныя сдѣлки. *Прим. изд.*

[2]) Савиньи справедливо возстаетъ противъ смѣшенія отношенія монеты къ мѣновой цѣнѣ товаровъ и къ цѣнѣ чистаго серебра, служащей основаніемъ курсовой цѣны. Ibid. стр. 479. *Прим. изд.*

сколько она является размѣнною; въ уплату же крупныхъ суммъ онъ долженъ принимать ее лишь по металлической цѣнѣ, т. е. по количеству содержащагося въ ней чистаго металла. Положительнымъ закономъ вообще ограниченъ платежъ размѣнною монетою. Такъ, въ [1]) Reichsabschied 1576 г. § 76 говорится: „при платежахъ суммъ свыше 25 гульденовъ никто не обязанъ принимать мелкой монеты и не можетъ быть принужденъ къ тому начальствомъ. Лицо же, которое будетъ стараться навязать своему вѣрителю уплату размѣнною монетою, должно быть наказано конфискаціей этихъ монетъ.“ Основныя правила употребленія мелкой монеты точно указаны въ законѣ 30 сентября 1821 г. о монетномъ дѣлѣ въ Пруссіи. § 7:—„Платежи, которые можно сдѣлать монетами въ $^1/_3$ или $^1/_6$ талера, необязательно принимать зильбергрошами.“ Это же правило удержано во всеобщей монетной конвенціи государствъ, соединившихся въ таможенный и торговый союзъ 30 іюля 1838 г., ст. 12:—„соединенныя государства должны по возможности заботиться о томъ, чтобы количество находящейся въ обращеніи мелкой монеты не превышало указанныхъ размѣровъ и чтобы никто не былъ принуждаемъ принимать уплату такой суммы, которую можно выразить въ крупныхъ денежныхъ единицахъ, мелкою монетою.

Если сортъ монеты, которою долженъ быть произведенъ платежъ, опредѣленъ заранѣе, то кредиторъ не можетъ измѣнить его. Такое опредѣленіе, хотя молчаливое, существуетъ при займѣ [2]). Данная въ займы сумма должна быть уплачена тѣмъ же сортомъ монеты, которымъ она была выдана. Весьма возможно, что въ періодъ времени между началомъ займа и его погашеніемъ вовсе выйдетъ изъ обращенія извѣстный сортъ монеты; тогда, вѣроятно, правительство замѣнитъ его новымъ сортомъ. Если же такой замѣны не послѣдуетъ и стороны не придутъ

---

[1]) Изъ Пандектъ.

[2]) L. 99. D. de solut. (46, 3): Debitorem (creditorem) non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus sit. Флорентійское чтеніе ошибочно, потому-что, руководствуясь имъ, слѣдуетъ предположить, что если дебиторъ не терпитъ ущерба, то онъ обязанъ принять заключенный заемъ, тогда какъ на самомъ дѣлѣ онъ можетъ перемѣнать свое намѣреніе. Съ другой стороны, принимая въ чтеніи слово creditorem и относя это мѣсто къ уплатѣ долга, остается неизвѣстнымъ, что должно разумѣть подъ словомъ forma,—другой металлъ, или иное содержаніе его въ монетѣ, а подъ словомъ eodem—полученныя ли деньги, или обѣщанный сортъ монеты (Савиньи, Obl. Recht. I. стр. 470). Поэтому цитированное мѣсто не служитъ доказательствомъ положенія, высказаннаго въ текстѣ.

Прим. изд.

къ взаимному соглашенію, то вѣритель можетъ требовать уплаты всего содержащагося въ прежнемъ сортѣ количества чистаго металла, съ прибавленіемъ расхода на чеканъ.

Семейственное право.

§ 39.

Семейственное право опредѣляетъ тѣ отношенія, въ которыхъ находится человѣкъ, какъ членъ семейства, какъ членъ союза, основаннаго на половой связи, рожденіи и любви; оно преобразуетъ эти отношенія, насколько они способны къ юридической конструкціи, въ отношенія юридическія; къ послѣднимъ относятся бракъ, отношенія между родителями и дѣтьми (родительскій союзъ), и родство вообще (союзъ родственный). Намъ надлежитъ уяснить здѣсь только это послѣднее, какъ наиболѣе общій, связующій элементъ семьи. Родственныя отношенія являются или 1) собственно родствомъ,—cognatio въ общемъ смыслѣ, или 2) свойствомъ,—affinitas. Первое бываетъ или естественнымъ, cognatio въ болѣе тѣсномъ смыслѣ, или юридическимъ; притомъ оно опредѣляется или римскимъ правомъ,— civilis cognatio, или же правомъ каноническимъ—spiritualis cognatio.

§ 40.

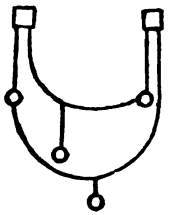
Основою естественнаго, *кровнаго* родства служитъ рожденіе, единство крови. Слова „два лица состоятъ въ родствѣ", означаютъ, что они связаны другъ съ другомъ рожденіемъ и происхожденіемъ (Erzeugung und Abstammung). Связь эта можетъ быть двоякая: 1) происхожденіемъ ихъ одного отъ другаго и 2) происхожденіемъ отъ одного общаго родоначальника, который является такимъ образомъ связующимъ ихъ звеномъ, stipes communis. Связь перваго рода есть родство по *прямой линіи* между восходящими и нисходящими, linea recta; связь втораго рода—родство *боковое*—между боковыми родственниками, linea obliqua s. transversa. Какъ въ той, такъ и въ другой линіи связь между двумя лицами можетъ быть или непосредственная, или посредственная — чрезъ соединительныхъ членовъ; кромѣ того въ боковыхъ линіяхъ одна изъ нихъ можетъ быть связана съ общимъ родоначальникомъ посредственно, а другая непосредственно, respectus parentalis; при томъ линіи могутъ быть или равно удалены отъ него, или одна ближе, а другая дальше, технически—*равныя* и *неравныя* боковыя линіи.

Въ боковой линіи имѣетъ еще важное значеніе то обстоятельство, представляется ли stipes communis мужемъ и женой вмѣстѣ, или кѣмъ-либо однимъ изъ нихъ; этимъ обусловливается различіе родныхъ и сводныхъ, которое впрочемъ важно только по отношенію къ братьямъ и сестрамъ,—*единокровные* и *единоутробные*, consanguinei, uterini.

Исчисленныя различія родства имѣютъ важное значеніе въ правѣ. Такое же значеніе имѣетъ различіе степеней родства т. е. близости и характера его. Родство тѣмъ ближе, чѣмъ меньшимъ числомъ рожденій оно обусловлено, тѣмъ дальше, чѣмъ больше рожденій соединяютъ два лица. Каждое отдѣльное рожденіе образуетъ *степень* родства. Но таково только римское счисленіе родства, счисленія же древнегерманское и каноническое не обращаютъ вниманія на отдаленность двухъ лицъ другъ отъ друга, а изслѣдываютъ лишь разстояніе того и другаго отъ общаго корня, они считаютъ поколѣнія (Generationen), а не отдѣльныя рожденія. Каноническое счисленіе сходится, конечно, съ римскимъ относительно родства по прямой линіи, но представляетъ отступленія при изслѣдованіи линій боковыхъ. По римскому счисленію дѣти братьевъ и сестеръ, т. е. двоюродные братья и сестры состоятъ въ четвертой степени боковаго родства, по каноническому же во второй. Римскаго счисленія слѣдуетъ держаться во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда какой-либо вопросъ подлежитъ разрѣшенію на основаніи римскихъ принциповъ, напр. въ вопросахъ наслѣдственнаго права; когда же извѣстное юридическое отношеніе нормируется каноническимъ правомъ, какъ напр. вопросы о запрещеніяхъ брака, то степени родства должны быть опредѣляемы по каноническому счисленію.

Между двумя лицами возможно и *многократное*, *смѣшанное* родство, mehrfache Verwandtschaft. Не говоря уже о томъ, что встрѣчается соединеніе родства кровнаго съ гражданскимъ (cognatio и agnatio—не только посредствомъ одной adoptio cognati), но даже само кровное родство можетъ имѣть различныя основанія, именно въ нѣсколькихъ прямыхъ линіяхъ, или въ нѣсколькихъ боковыхъ, или наконецъ въ тѣхъ и другихъ вмѣстѣ. Такое родство возникаетъ: 1) когда какое-либо дитя родится отъ двухъ родственниковъ; оно находится въ родствѣ съ каждымъ изъ своихъ родителей чрезъ другаго родителя, кромѣ того оно состоитъ въ родствѣ по прямой линіи съ stipes communis отца и матери; 2) когда дитя родится отъ двухъ лицъ, имѣющихъ какого-нибудь общаго родственника; напр. дѣти, рожденныя отъ послѣдовательнаго брака одного лица съ двумя сестрами, будутъ братьями и сестрами нетолько родными, но и двоюродными между собою. Сюда же относится случай, указанный въ L. 10 §. 14

de gradib. (38, 10): два лица вступаютъ въ бракъ каждое съ родственникомъ другаго и рождаютъ по ребенку: si mulieres altera alterius filio nupserint—qui ex his masculi nati fuerint, invicem patrui sunt [1]).



Прежде насчитывали нѣсколько другихъ случаевъ смѣшаннаго родства, но это происходило вслѣдствіе того, что отдѣльные виды, принадлежащіе ко второму указанному нами роду, считались особыми родами.

§ 41.

Для доказательства родства необходимо доказать самое рожденіе, его обусловливающее. Если идетъ рѣчь о родствѣ по женской линіи, то таковое доказать весьма легко. Другое дѣло, когда доказывается родство по мужской линіи, когда нужно опредѣлить, есть ли младенецъ дитя того лица, которое считается его отцомъ; опредѣленіе это необходимо для установленія какъ самаго отношенія между этими двумя лицами, такъ и родства дитяти съ родственниками отца. Неудобонаходимое доказательство замѣнено презумціей: pater est quem nuptiae demonstrant. Если мать ребенка есть законная жена, то мужъ ея долженъ считаться его отцомъ.

Впрочемъ эта презумція имѣетъ свои границы: 1) рожденіе должно послѣдовать по крайней мѣрѣ чрезъ 6 мѣсяцевъ по заключеніи брака. Болѣе раннее рожденіе не мѣшаетъ ребенку считаться законнымъ, если о томъ не будетъ спора и мужъ признаетъ его своимъ; въ случаѣ же спора и необходимости доказывать законность рожденія, презумція теряетъ свое значеніе; 2) рожденіе должно послѣдовать не позже 10 мѣсяцевъ по прекращеніи брака. Въ этомъ случаѣ не только не примѣ-

---

[1]) Каждое изъ новорожденныхъ будетъ (по отцу) племянникомъ и въ тоже время (по матери) дядей другаго. *Прим. изд.*

няется указанная презумція, но и вообще вовсе не можетъ быть допущена ссылка на рожденіе дитяти отъ прекратившагося брака.

Упомянутая презумція выражается еще слѣдующимъ образомъ: отцемъ ребенка считается то лицо, которое было мужемъ матери въ промежутокъ времени между 182 и 302 днемъ до рожденія дитяти, притомъ не втеченіи всего этого 120-дневнаго промежутка, но хотя бы въ продолженіе одного дня изъ нихъ. (Числа 182 и 302 не совсѣмъ точны, см. § 74. Собственно слѣдовало бы сказать, что указанная презумція примѣняется тогда, когда до времени рожденія протекло не менѣе 182 дней отъ заключенія брака и не болѣе 300 отъ его прекращенія). Такимъ образомъ лицо, доказывающее свое происхожденіе отъ другаго лица (Kindschaft), должно доказать свое рожденіе отъ его жены и самое существованіе законнаго брака. Бракъ можетъ быть даже предполагаемъ, когда мужъ въ формальномъ актѣ, подписанномъ тремя свидѣтелями, прямо назвалъ дитя своимъ, впрочемъ здѣсь необходимымъ условіемъ является возможность самаго брака между отцомъ и матерью ребенка [1]).

Разсматриваемая презумція не исключаетъ возможности опроверженія законности рожденія. Но нельзя считать доказательствомъ его незаконности ни прелюбодѣяніе матери, ни даже ея собственное сознаніе въ незаконности рожденія дитяти. Контроверсомъ представляется вопросъ, возможно ли ссылаться, въ возраженіи (Gegenbeweis) на это опроверженіе, на физическія свойства ребенка, рожденнаго въ седьмомъ мѣсяцѣ брака? Нѣтъ основаній исключать этотъ способъ доказыванія, если только свѣдущіе люди удостовѣрятъ, что ребенокъ не могъ быть носимъ въ чревѣ столь краткое время. (Прусское право уничтожило возможность подобнаго недоразумѣнія тѣмъ, что возвысило первое условіе примѣнимости презумціи съ 6 на 7 мѣсяцевъ. По этому праву, опроверженіе законности рожденія должно состоять только въ удостовѣреніи того обстоятельства, что въ промежутокъ времени между 210 и 302 днемъ отъ рожденія между двумя лицами не было супружескаго сожитія). На возможности юридически доказать существованіе родства основывается различіе *законнаго* и *незаконнаго* рожденія; это различіе должно бы собственно остаться безъ вліянія на вопросъ о кровномъ родствѣ, основанномъ, какъ сказано, на одномъ естественномъ фактѣ рожденія.

Изъ всего вышеизложеннаго вытекаютъ слѣдующія два правила, которыя впрочемъ потерпѣли нѣкоторыя измѣненія:

---

[1]) Nov. 117 cap. 2.

1) По отношенію къ матери и родственникамъ съ ея стороны различіе между законнымъ и незаконнымъ рожденіемъ не имѣетъ никакого юридическаго значенія. Это положеніе измѣнено относительно дѣтей, рожденныхъ ex damnato coïtu [1]). Каноническую доктрину см. ниже въ § 316.

2) Незаконныя дѣти не имѣютъ ни отца, ни родственниковъ съ отцовской стороны.

Отъ незаконныхъ дѣтей слѣдуетъ впрочемъ отличать: a) узаконенныхъ, b) рожденныхъ въ путативномъ бракѣ, c) дѣтей невѣсты (Brautkinder), если только бракъ, несостоявшійся вслѣдствіе отказа жениха, судебнымъ приговоромъ in contumaciam признанъ какъ-бы заключеннымъ. Всѣ исчисленные виды дѣтей имѣютъ равныя права съ законными.

Вышеуказанное правило потерпѣло нѣкоторое измѣненіе въ отношеніи прочихъ видовъ незаконныхъ дѣтей, родство которыхъ хотя и признается, но съ ограниченіемъ его значенія и объема: a) за всѣми незаконными дѣтьми признается родство съ отцомъ (если только съ нѣкоторою достовѣрностью можно предположить, кто онъ) и съ родственниками отца, впрочемъ лишь по отношенію къ вопросу о препятствіяхъ къ браку; b) за дѣтьми невѣсты, бракъ которой не состоялся вслѣдствіе смерти или безпричиннаго отказа ея жениха, признается родство съ послѣднимъ и всѣ юридическія послѣдствія этого родства, но не признается никакой связи дѣтей съ родственниками отца; для такого ограниченнаго уравненія ихъ съ законными дѣтьми не требуется поэтому особаго судебнаго приговора; c) за дѣтьми, рожденными въ конкубинатѣ, liberi naturales, признается родство съ отцомъ, а не съ родственниками отца, имѣющее вліяніе на обязанность доставлять имъ средства къ жизни, на возможность усыновленія и на ограниченное право наслѣдованія. Довольно большой объемъ правоспособности дѣтей, рожденныхъ въ конкубинатѣ, обусловливался тѣми привилегіями, которыя преимущественно присвоивались этому союзу предъ

---

[1]) Указанное правило относится только къ слѣдующимъ видамъ незаконныхъ дѣтей: naturales liberi, рожденнымъ женщиной, находящейся въ продолжительномъ незаконномъ сожитіи съ однимъ лицомъ, въ конкубинатѣ, spurii, рожденнымъ женщиной послѣ кратковременнаго сожитія съ однимъ лицомъ, и vulgo quaesiti, рожденнымъ публичною женщиною; но оно отнюдь не примѣняется къ тѣмъ дѣтямъ рожденіе которыхъ на свѣтъ было послѣдствіемъ преступленія, ex complexibus aut nefariis aut incestis aut damnatis (ex damnato coitu procreati, incestuosi и adulterini): между ними и матерью не должно быть никакой родственной связи. Это послѣднее мнѣніе (опровергаемое Мюленбрухомъ), имѣющее нравственное основаніе, вытекаетъ изъ Nov. 89 c. 15 и L. 6. C. de incest. nupt. (5, 5). Изъ Пандектъ.

всѣми другими видами внѣбрачнаго половаго сожитія; эти привилегіи теперь должны быть отмѣнены вовсе или же дарованы всѣмъ незаконнымъ дѣтямъ вообще; послѣднее вошло въ Германіи во всеобщее обычное употребленіе, за исключеніемъ впрочемъ тѣхъ дѣтей, которыя рождены ex damnato coïtu (во Франціи же существуетъ правило: la recherche de la paternité est interdite, перешедшее даже въ нѣкоторыя новѣйшія нѣмецкія законодательства, напр. въ Баденское).

Впрочемъ указанныя права незаконныхъ дѣтей необходимо предполагаютъ добровольное признаніе ребенка его отцомъ. Практика допустила, что мать можетъ предъявить искъ о прокормленіи (Alimentenforderung) ребенка къ отцу, отказывающемуся признать его своимъ; при этомъ слѣдуетъ замѣтить, что предметомъ иска будетъ только доставленіе средствъ къ жизни, а не признаніе младенца и что основаніемъ обязанности кормить ребенка вовсе не служитъ родство (см. § 316).

§ 42.

Переходя къ разсмотрѣнію юридическаго родства, мы лишь упомянемъ *духовное* родство, cognatio spiritualis, основанное на воспринятіи отъ святаго крещенія; мы ограничимся этимъ потому, что родство это, лишь намѣченное въ юстиніановскомъ правѣ [2]), развито въ правѣ каноническомъ, а въ гражданскомъ правѣ не имѣетъ никакого значенія.

Напротивъ, въ древнеримскомъ правѣ имѣло громадное значеніе *родство гражданское*, civilis cognatio или agnatio. Основою его служитъ отеческая власть (по древнему же праву и власть супружеская, manus). Гражданскими родственниками, агнатами, считаются лица, состоящія подъ одною и тою же отеческою властью. Благодаря послѣдней, агнатами отца семейства дѣлаются: 1) всѣ лица, стоящія или стоявшія подъ его властью; 2) всѣ лица, которыя находились бы подъ этою властью, еслибъ былъ живъ глава, служившій имъ соединительнымъ звеномъ. Агнаты составляютъ семью въ гражданскомъ смыслѣ (familia civilis). Нѣтъ необходимости, чтобы власть, служащая основаніемъ этой семьи, продолжалась безконечно; но безусловно необходимо, чтобы она не была уничтожена вслѣдствіе capitis deminutio: лишеніе чести уничтожаетъ гражданское родство. Изъ того, что основою гражданской семьи служитъ отеческая власть, слѣдуетъ, что гражданское родство можетъ возникнуть только посредствомъ лица мужскаго пола, при чемъ не

---

[2]) L. 26. C. de nupt. (5, 4. .

должно, конечно, забывать, что не всякое родство по мужской линіи будетъ cognatio civilis.

Agnatio можетъ существовать не только между кровными родственниками, но и между лицами, несвязанными никакими кровными узами, вслѣдствіе усыновленія. Первый изъ этихъ видовъ агнаціи лишенъ въ новѣйшемъ правѣ рѣшительно всякаго значенія, тогда какъ второй видъ сохранилъ нѣкоторое значеніе. Агнаты-неродственники имѣютъ всѣ права кровныхъ родственниковъ, впрочемъ лишь до тѣхъ поръ, пока они состоятъ въ гражданскомъ родствѣ; агнаты, связанные еще кровнымъ родствомъ, даже по уничтоженіи между ними родства гражданскаго, остаются когнатами.

§ 43.

Свойство, affinitas (Verschwaegerung), имѣетъ своею основою бракъ. Подъ именемъ свойства разумѣется отношеніе одного супруга къ другому и къ его кровнымъ родственникамъ (а не къ простымъ агнатамъ). Между родственниками обоихъ супруговъ нѣтъ свойства. Каноническое право, обсуждая свойство какъ препятствіе къ браку (а таково главнѣйшее его значеніе), смотритъ на него, какъ на послѣдствіе не одного только законнаго брака, а и всякаго, даже незаконнаго, половаго сожитія. Въ свойствѣ также различается [1]) прямая линія (отношеніе къ нисходящимъ—Stiefverwandtschaft—и къ восходящимъ другаго супруга—Schwiegerverwandtschaft) и боковыя линіи (отношеніе къ боковымъ родственникамъ другаго супруга (Schwægerschaft). Степеней свойства не существуетъ [2]), потому что основою его служитъ одинъ только бракъ, а не нѣсколько; впрочемъ оно можетъ быть болѣе или менѣе близкимъ, смотря по близости кровнаго родства между однимъ супругомъ и его родственниками [3]). Свойство прекращается съ прекращеніемъ того брака, на которомъ оно основано, хотя прекратившееся такимъ образомъ свойство не остается безъ нѣкотораго вліянія на матримоніальное право. Аналогическое свойство возникаетъ вслѣдствіе обрученія, sponsalia [4]).

Вообще каноническое право слишкомъ расширило понятіе свойства, а потому подробную теорію его слѣдуетъ см. въ

---

1) Изъ Пандектъ.
2) L. 4. §. 5. D. de gradib.
3) L. 10. pr. eod.; L. 5. pr. D. de injur. (47, 10); ср. Boecking, Pand. §. 55.
4) L. 6. §. 1; L. 8 D. de gradib.

учебникахъ каноническаго права. Значеніе свойства въ гражданскомъ правѣ весьма незначительно, а потому мы и ограничимся этими не многими словами.

§ 44 [1]).

Положеніе человѣка въ семьѣ вліяетъ на его имущественныя отношенія и наоборотъ, съ тѣми или другими семейственными отношеніями неразрывно связаны особенныя имущественныя права; напр. съ бракомъ и отеческою властью нераздѣльно особенное имущественное отношеніе лицъ, находящихся въ бракѣ и подъ отеческою властью; важнѣйшее юридическое послѣдствіе родства—наслѣдованіе, т. е. вступленіе въ оставшееся имѣніе покойника, носитъ чисто имущественный характеръ и т. д. И такъ имущественное и семейственное права образуютъ двѣ области, весьма часто и близко соприкасающіяся.

Вліяніе общественнаго и церковнаго положенія лицъ на гражданское право.

§ 45.

Въ то время, когда право было еще не развито, происходило вторженіе государственнаго и церковнаго права въ имущественно-гражданскую сферу и наоборотъ. Хотя нельзя отрицать дѣйствительной близости и связи означенныхъ сферъ права, однако онѣ не должны нарушать самостоятельности другъ друга. Политическая личность человѣка будетъ, конечно, имѣть вліяніе на такія гражданскія права, которыя сами находятся въ тѣсной, существенной связи съ государственнымъ положеніемъ его; то же должно сказать и о вліяніи церковнаго положенія лица на право. Если напр. политическія права лица находятся въ зависимости отъ обладанья недвижимостью, или даже извѣстнаго рода недвижимостью, то нельзя отрицать за политическимъ положеніемъ этого лица вліянія на способность его къ пріобрѣтенію такого права на недвижимое имѣніе. Далѣе, присяга напр. имѣетъ значеніе въ гражданскомъ правѣ; но такъ какъ церковное положеніе присягающаго оказываетъ свое вліяніе на присягу, то оно не остается безъ вліянія и на гражданское право. Но нельзя оправдывать воздѣйствія политическаго и церковнаго положенія лица на его гражданскую правоспособ-

---

[1]) Изъ Пандектъ.

ность, если оно преступаетъ опредѣленныя границы. Юстиніановскому праву не удалось избѣгнуть этого недостатка. Нынѣ дѣйствующее право устранило эти взаимныя вторженія. Постановленія римскаго права противъ вѣроотступниковъ и еретиковъ признаны устарѣвшими, хотя запрещеніе брака между христіанами и Іудеями удержано въ полной силѣ на томъ основаніи, что оно касается юридическаго отношенія, относящагося къ облас и гражданскаго права и лишь лежащаго на границѣ права каноническаго.

Для обладанія въ извѣстномъ государствѣ имущественно-гражданскою правоспособностью нѣтъ необходимости быть гражданиномъ этого государства: иностранцы, наравнѣ съподданными его, могутъ вступать во всѣ имущественныя сдѣлки; за ними не признаются лишь тѣ гражданскія права, обладаніе которыми тѣсно связано съ правами политическими. Преимущества извѣстныхъ сословій, напр. солдатскаго, не должны быть признаваемы вторженіемъ государственнаго права въ область права гражданскаго, такъ какъ эти преимущества имѣютъ большею частью имущественно-гражданское основаніе (не въ политической, а въ естественной сторонѣ этого сословія). Не можетъ быть точно также считаемо смѣшеніемъ правовыхъ сферъ вліяніе государственныхъ и церковныхъ интересовъ на установленіе и утвержденіе юридическихъ лицъ.

Если въ прежнее время существовала опасность того, что государственная и церковная области права слишкомъ часто будутъ вторгаться въ гражданскую сферу, то въ настоящее время представляется совершенно обратное опасеніе—слишкомъ умалить вліяніе государственнаго и каноническаго правъ на право гражданское. Теперь слишкомъ часто государственный и церковный разумъ исчезаетъ въ имущественно-гражданскомъ эгоизмѣ; большинство не признаетъ даже вовсе этого разума и весьма враждебно смотритъ на всякое малѣйшее ограниченіе гражданской сферы, предпринимаемое въ видахъ политическихъ и религіозныхъ.

Отношеніе человѣка къ государству и политическимъ корпораціямъ его составляющимъ, съ точки зрѣнія принадлежности, является двоякимъ [1])

1) Отношеніемъ [2]) къ государству или обществу, какъ къ совокупности лицъ, принадлежностью человѣка къ самому государству и отдѣльнымъ государственнымъ корпораціямъ,—пра-

---

[1]) Полное изложеніе ученія объ origo и domicilium находится у Савиньи, System т. VIII §. 3 0 и слѣд. *Прим. изд.*

[2]) Изъ Пандектъ.

вомъ гражданства, подданствомъ. Къ такому отношенію примѣняется все вышесказанное. 2) Отношеніемъ лица къ территоріи государства или общества, называемымъ временнымъ мѣстопребываніемъ (Aufenthalt) и постояннымъ мѣстожительствомъ (domicilium). Какъ то, такъ и другое имѣютъ весьма важное, многостороннее значеніе въ гражданскомъ правѣ, особенно же послѣднее: оно дѣлаетъ лицо жителемъ, incola, извѣстнаго государства, независимо отъ подданства его. Установленіемъ правильнаго понятія мѣстожительства мы теперь и займемся.

Терминъ domicilium — мѣстожительство — не совсѣмъ точно передаетъ самое юридическое понятіе. Для понятія domicilium вовсе не нужно владѣніе домомъ, или вообще какимъ бы то ни было недвижимымъ имуществомъ, не нужно также житье и пребываніе въ какомъ-либо мѣстѣ. Поэтому лицо можетъ имѣть одновременно нѣсколько мѣстожительствъ въ юридическомъ смыслѣ; возможно признаніе такого мѣстожительства, изъ котораго лицо уже удалилось. Есть лица вовсе безъ мѣстожительства: бродяги и лица, неизвѣстно куда переѣхавшія [1]).

Domicilium есть центръ продолжительной юридической дѣятельности лица; этимъ объясняется независимость его отъ пребыванія въ извѣстномъ мѣстѣ и проч. Одинъ случай спеціально разрѣшенъ въ римскомъ правѣ: domicilium'омъ учащагося не можетъ считаться то мѣсто, въ которомъ онъ пребываетъ вслѣдствіе своихъ занятій (если только это мѣсто не должно считаться его мѣстожительствомъ на какомъ. либо другомъ основаніи).

Обыкновенно мѣстожительство зависитъ отъ воли лица, оно есть domicilium voluntarium [2]). Но для установленія извѣстнаго мѣстожительства не достаточно одного намѣренія и даже выраженія воли, но необходимо дѣйствительное исполненіе этой воли: domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione [3]); точно также и прекращеніе domicilium'а требуетъ тѣхъ же условій, а не одной перемѣны жилья.

---

[1]) Относительно этихъ лицъ принимается во вниманіе прежнее мѣстожительство, или мѣстопроисхожденіе. Это послѣднее и есть origo въ новѣйшемъ смыслѣ, т. е. фиктивное жительство лица въ томъ мѣстѣ, гдѣ жилъ его отецъ, такъ называемое domicilium originis такъ же отличающееся отъ римскаго origo, т. е. отъ права гражданства, пріобрѣтаемаго рожденіемъ (или другимъ, его замѣняющимъ актомъ), какъ и отъ domicilium'а въ смыслѣ свободно избраннаго мѣстопребыванія *Прим. изд.*

[2]) L. 27. §. 2. D ad mun. (50, 1): ubi domicilium habeat existimatione animi est accipiendum.

[3]) L. 20. D. eodem.

Но есть случаи, когда мѣстожительство опредѣляется чужою волею, такъ жена числится въ мѣстожительствѣ мужа, дѣти—отца; однако concessio peculii [1]) способно дать сыну возможность установить свое собственное domicilium. Мѣстожительство чиновниковъ опредѣляется мѣстонахожденіемъ того учрежденія, при которомъ они состоятъ, солдатъ—мѣстомъ службы, если только они не имѣютъ имущества гдѣ-нибудь въ другомъ мѣстѣ; мѣстожительство ссыльныхъ есть мѣсто ссылки. Такое, опредѣляемое самимъ закономъ, мѣстожительство называется domicilium necessarium.

Различіе правъ по ихъ объэктамъ.

§ 46.

Права [2]) имѣютъ различный характеръ, смотря по ихъ объэктамъ; это объясняется воздѣйствіемъ сущности на форму, подчиняемаго на подчиняющую власть.

Каждое право имѣетъ свой объэктъ, подчиняемый волѣ лица и обусловливающій содержаніе права. Объэктами правъ являются вещи, дѣйствія и лица. Право должно различать права на вещи, права на дѣйствія и права на лица, но въ тоже время оно должно признать и нѣчто общее между всѣми этими видами правъ. Такимъ образомъ все содержаніе права, какъ цѣлаго, группируется на нѣсколько классовъ, которые уже и опредѣляютъ природу и свойства отдѣльныхъ правъ, къ нимъ относящихся. Таково логическое единство, къ которому намъ приходится сводить все громадное разнообразіе правъ; посредствомъ такой системы мы также добиваемся высшихъ юридическихъ понятій, на основаніи которыхъ мы охватываемъ, познаемъ и управляемъ всѣмъ юридическимъ цѣлымъ—правомъ.

---

[1]) Признаніе за сыномъ самостоятельнаго права на пріобрѣтаемое имъ имущество.

[2]) Тѣ же мысли авторъ излагаетъ въ своемъ краткомъ учебникѣ слѣдующимъ образомъ: каждое право имѣетъ произвольную и необходимую сторону. Содержаніе правъ съ произвольной стороны опредѣляется свободною волею лица, нѣсколько связаннаго общественнымъ положеніемъ и потребностями; съ необходимой, логической стороны содержаніе права опредѣляется тѣмъ объэктомъ, на который оно простирается. Весьма логично напр. что вещныя права имѣютъ совершенно иной характеръ, чѣмъ права на дѣйствія и что въ самыхъ вещныхъ правахъ сервитуты рѣзко отличаются напр. отъ закладнаго права. Но вовсе не такъ логически необходимо различіе одного сервитута отъ другаго, или различіе отдѣльныхъ видовъ обязательствъ. Однако разъ такое различіе установлено, оно можетъ породить логически необходимыя послѣдствія.

Каждое право опредѣляется своимъ объэктомъ. Первымъ вопросомъ по поводу даннаго права долженъ быть поэтому вопросъ объ его объэктѣ; опредѣленіе этого объэкта даетъ уже тѣ основныя начала, по которымъ слѣдуетъ обсуждать самое право.

Есть пять классовъ объэктовъ, возникающихъ изъ исчисленныхъ трехъ видовъ ихъ, такъ какъ третій видъ не можетъ быть мыслимъ, какъ первые два вида, только внѣшнимъ по отношенію къ субъэкту, но мыслится и чѣмъ-то внутреннимъ, инкорпорирующимся въ субъэктѣ. Этотъ послѣдній случай въ свою очередь распадается на два: объэктомъ можетъ быть или собственное лицо субъэкта, или лицо первоначально постороннее, но потомъ имъ воспринятое. Итакъ объэктами правъ будутъ вещи, дѣйствія, лица внѣ субъэкта, лица перешедшія на субъэктъ, слившіяся съ нимъ, и наконецъ собственная личность субъэкта.

Поэтому существуетъ и 5 классовъ правъ [1]).

1-й классъ. Права на собственную личность (Rechte an der eigenen Person); они стоятъ во главѣ другихъ правъ и обусловливаютъ ихъ. Право на собственное лицо есть право личности (Recht der Persoenlichkeit). Личность, на сколько человѣкъ сознаетъ и самостоятельно охраняетъ ее,—есть само по себѣ право. Къ этому присоединяется еще другое право, возникающее вслѣдствіе дѣятельности лица, направленной на внѣшній міръ, на подчиненіе вещей. Это подчиненіе представляется лишь фактическимъ — въ формѣ владѣнія (Besitz). Но и это фактическое отношеніе лица къ вещи получаетъ уже юридическое значеніе вслѣдствіе личности владѣющаго. Таковъ характеръ *права владѣнія*.

2-й классъ. Вещныя права (Rechte an Sachen). Подчиненіе вещи превращается изъ простаго владѣнія въ *право собственности* въ томъ случаѣ, когда оно становится юридическимъ, т. е. когда оно будетъ признано правомъ. Къ праву собственности относятся и другія *вещныя права*, jure in re aliena.

3-й классъ. Права на дѣйствія (Rechte an Handlungen). Право собственности подвижно, передаваемо; эти измѣненія права собственности подготовляются и получаютъ юридическую конструкцію посредствомъ *обязательствъ*, объэктомъ которыхъ служатъ

---

[1]) Мы намѣренно сохраняемъ нѣмецкую терминологію означенныхъ пяти классовъ правъ, такъ какъ она не только постоянно удерживается въ настоящемъ курсѣ, но и встрѣчается во всѣхъ сочиненіяхъ Пухты.

Прим. изд.

чужія дѣйствія, дѣйствія постороннихъ лицъ, имѣющія вещественную цѣнность. Въ этомъ послѣднемъ свойствѣ заключается внутреннее основаніе связи этого класса правъ съ предшествовавшимъ.

4-й классъ. Права на лицъ внѣ субъэкта. (Rechte an Personen auszer dem Berechtigten). Къ нимъ относятся всѣ *семейственныя* отношенія: бракъ, родительскій союзъ.

5-й классъ. Права на лицъ, перешедшихъ въ ихъ субъэктъ (Rechte an Personen, die in den Berechtigten uebergegangen sind). Таково *право наслѣдованія*, которое есть имущественно—гражданское представленіе личности умершаго наслѣдодателя наслѣдниками его, являющееся такимъ образомъ имущественнымъ правомъ. Такую же конструкцію имѣютъ и нѣкоторые другіе переходы имущества.

Подчиненіе объэкта права субъэкту представляется или полнымъ (когда весь объэктъ вполнѣ подчиненъ—totale Unterwerfung), или частичнымъ (partielle Unt.). Въ первомъ классѣ правъ такое различіе подчиненія не выступаетъ вовсе. Но во второмъ какъ тотъ, такъ и другой видъ подчиненія различаются вполнѣ отчетливо. Въ остальныхъ трехъ классахъ правъ подчиненіе всегда является частичнымъ, такъ какъ самый объэктъ не допускаетъ полнаго подчиненія [1]).

---

[1]) Классификація автора, неоднократно имъ защищенная (мелкія сочиненія № XIII XV, Jnstit. II, § 207) и удержанная въ текстѣ, классификація правъ по объэктамъ, нисколько не пригодна для основательной системы, чѣмъ всякое другое подраздѣленіе ихъ, основанное не на внутреннемъ различіи правъ, только отчасти опредѣляемомъ посредствомъ объэкта, а исходящее изъ какого-либо внѣшняго признака, какова напр. классификація по субъэктамъ, благодаря которой германское право подраздѣлили на дворянское, мѣщанское, крестьянское, сельскохозяйственное, торговое право и проч.

Не самымъ еще крупнымъ недостаткомъ этой классификаціи представляется то обстоятельство, что она не можетъ быть проведена строго и послѣдовательно, напр во второмъ классѣ, гдѣ подъ jura in re aliena (ususfructus, pignus) можно разумѣть права на всѣ составные элементы имущества (на res въ этомъ смыслѣ, на omnia bona, которыхъ не слѣдуетъ смѣшивать съ вещами). Эта классификація ведетъ: 1) къ произвольному въ первомъ классѣ соединенію политической свободы (status), которая есть всеобщее, необходимое условіе обладанія всѣми гражданскими правами, съ свободою воли (владѣніемъ), представляющеюся политическою спутницею всѣхъ (абсолютныхъ) правъ, кромѣ обязательствъ; 2) въ четвертомъ классѣ—къ представле-

ГЛАВА III.

ВОЗНИКНОВЕНІЕ И ПРЕКРАЩЕНІЕ ПРАВЪ.

Общія понятія.

§ 47.

Для бытія права необходимы слѣдующіе элементы: 1) признаніе, утвержденіе извѣстнаго права закономъ; 2) объэктъ, который въ силу его подчиняется; 3) лицо, которому право принадлежитъ. Право возникаетъ только вслѣдствіе пріобрѣтенія его лицомъ. Самое пріобрѣтеніе можетъ быть двоякое: или пріобрѣтается право, до того времени не существовавшее, или же пріобрѣтается право, уже принадлежавшее прежде другому лицу.

ніи семейственныхъ отношеній простымъ расширеніемъ власти лица (вмѣсто истиннаго пониманія ихъ, какъ поглощенія индивидуальнаго существованія); такое представленіе дѣлаетъ невозможнымъ уясненіе существующаго въ нашемъ различія между ними и обязательствами; 3) въ пятомъ классѣ—къ всему этому запутанному представленію права наслѣдства (см. ниже § 44).

Единственно важною классификаціею представляется дѣленіе правъ по искамъ (actio), гдѣ конечно, слѣдуетъ разумѣть не внѣшнюю форму иска, а самое право, самую юридическую differentia specifica этическаго genus proximum'а, § 2, прим. 2 (поэтому даже и неискомое обязательство). Эта классификація была принята еще въ римскомъ правѣ, см. напр. L. 3. C. de praescr XXX. ann. (7,39). Она различаетъ прежде всего самыя права (actiones въ тѣсномъ смыслѣ) отъ владѣнія (interdicta); 2 она въ тѣмъ разбираетъ права на a) такъ называемыя вещныя права (in rem speciales actiones), b права на дѣйствія, обязательства (personales actiones), въ самомъ узкомъ смыслѣ, c) семейственныя отношенія (praejudiciales de statu actiones), и d) права на имущество, наслѣдственное право (de universitate actiones); 3) она подраздѣляетъ обязательства въ особенности на a) обязательства изъ преступленій (poenales, noxales actiones), b) обязательства по сдѣлкамъ (Geschaeftsobligation, actiones, quibus rem persequimur), а эти въ свою очередь на одностороннія (condictiones) и двусторонніи обязательства; эти послѣднія на случайно—двусторонніи (directae contrariae), или необходимо двусторонніи (utrimquae directae). Такимъ образомъ система, основанная на различіи исковъ, является послѣдовательною и правильною до мельчайшихъ подробностей. *Прим. изд.*

Это различіе совпадаетъ съ другимъ, болѣе важнымъ въ юридическомъ отношеніи, различіемъ способовъ возникновенія правъ.

Пріобрѣтеніе извѣстнаго права можетъ быть:

1) Независимымъ отъ права другаго лица. Я пріобрѣтаю нѣкоторую вещь, не смотря на то, имѣетъ ли, или не имѣетъ другое лицо право на тотъ же объэктъ; впрочемъ нѣкоторые виды пріобрѣтенія требуютъ непремѣнно послѣдняго условія. Такимъ независимымъ отъ чьего-либо права пріобрѣтеніемъ является напр. occupatio, которая только тогда рождаетъ право, когда оккупированная вещь не имѣетъ хозяина, и usucapio, обусловливающая пріобрѣтеніе права не вслѣдствіе того, что какое-либо лицо уже владѣетъ имъ, но несмотря ни на чье право. Этотъ способъ пріобрѣтенія правъ технически называется *первообразнымъ*.

2) Зависимымъ отъ права другаго лица, такъ что первоначальная принадлежность его кому-либо является необходимымъ условіемъ его пріобрѣтенія. Вновь пріобрѣтаемое право ведетъ свое начало отъ прежняго *(производное пріобрѣтеніе)* субъэкта, который есть auctor новаго пріобрѣтателя [1]). Подъ это понятіе подходитъ важнѣйшій способъ пріобрѣтенія правъ—преемство (successio) и нѣкоторые другіе способы. Такъ, можетъ случиться, что и при существованіи перехода права отъ прежняго субъэкта къ новому, перешедшее право не будетъ тождественно съ правомъ auctor'а, передавшаго лишь одинъ изъ составныхъ элементовъ своего права, какъ это бываетъ напр. въ случаѣ установленія сервитута на имѣніе собственникомъ его, или отдачи его въ закладъ. И этотъ способъ пріобрѣтенія есть производный и подходитъ къ правилу, выраженному въ прим. 1, но это уже не преемство. Преемствомъ будетъ лишь такой производный способъ, когда вновь пріобрѣтенное право тождественно съ правомъ, бывшимъ у auctor'а, когда новый субъэктъ вступаетъ въ мѣсто прежняго и право послѣдняго во всей полнотѣ переходитъ на пріобрѣтателя (Successor).

Въ понятіе преемства входятъ два момента:

1) Пріобрѣтеніе права, которое до того времени принадлежало другому. Но одного этого недостаточно, такъ какъ тоже самое видимъ мы и въ первообразныхъ способахъ пріобрѣтенія, напр. при usucapio, при переходѣ владѣнія (пріобрѣтеніе владѣнія никогда не является преемствомъ).

---

[1]) L. 175 §. 1 D. de R. J. (50, 17): non debeo melioris conditionis esse, quam *auctor* meus, a quo jus in me transit. Изъ Пандектъ.

2) Вступленіе на мѣсто прежняго управомоченнаго, происходящее вслѣдствіе извѣстнаго юридическаго отношенія между пріобрѣтателемъ и auctor'омъ. Только послѣ этого новое лицо пріобрѣтаетъ такое же право, какое имѣлъ auctor, напр. вслѣдствіе купли—продажи покупатель пріобрѣтаетъ право продавца на вещь; тогда какъ лицо, пріобрѣтающее въ силу давности вещь какого либо собственника, пріобрѣтаетъ право, хотя и тождественное съ правомъ послѣдняго, но совершенно новое, не находящееся съ нимъ ни въ какой юридической связи.

Преемство является или *сингулярнымъ* (in singulas res succedere), или *универсальнымъ* (in universum jus succedere). Первое есть вступленіе лица въ отдѣльныя права, второе—во всю личность прежняго субъекта, въ личность имущественно—гражданскую, такъ такъ только по отношенію къ этой послѣдней возможно преемство или вступленіе во всю совокупность имущества (per universitatem successio) Существуютъ права, преемственный переходъ которыхъ или вовсе не возможенъ, или возможенъ только сингулярно.

Для того, чтобы извѣстное право могло породить тѣ или другія юридическія послѣдствія, необходимо, конечно, чтобы оно уже возникло. Есть однако одно исключеніе изъ этого общаго правила, именно для того случая, когда всѣ условія для дѣйствительнаго существованія права находятся на лицо, кромѣ одного такого условія, вслѣдствіе котораго самое бытіе права становится сомнительнымъ, по чему и невозможно бы говорить о немъ какъ о положительно существующемъ правѣ. Не смотря на это, признаніе дѣйствительности такихъ условныхъ правъ допускается во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда этого требуетъ необходимость ихъ охраненія. На этомъ основано дѣленіе правъ на *настоящія* и *будущія*.

Съ другой стороны не мыслимо существованіе права при отсутствіи какихъ бы то ни было юридическихъ послѣдствій такого существованія; поэтому какъ только является обстоятельство, вполнѣ или отчасти лишающее право его дѣйствительности, само право должно считаться прекратившимся. Если при этомъ право прямо и не отмѣнено, то все-таки его существованіе будетъ только кажущимся (Scheindasein) [1]) Впрочемъ дѣйствіе права можетъ быть отсрочено, т. е. право можетъ дѣйствительно существовать, время же осуществленія его должно быть признано еще не наступившимъ, напр. въ случаѣ дачи должникомъ обязательства на срокъ, in diem.

---

[1]) L. 66. D. de R. J (50, 17).

§ 48.

Тотъ фактъ, съ которымъ находится въ связи возникновеніе или прекращеніе права, называется *способомъ пріобрѣтенія* или *прекращенія*. (Erwerbsart. Endigungsgrund). Чѣмъ очевиднѣе этотъ фактъ, тѣмъ удобнѣе познать самое возникновеніе или прекращеніе права, тѣмъ судьѣ легче изслѣдовать существованіе его. Такимъ фактомъ обыкновенно является опредѣленный актъ, поэтому означенное облегченіе достигается установленіемъ извѣстной, соотвѣтствующей его содержанію, формы. Впрочемъ бываютъ и другія явленія, за которыми право признаетъ значеніе моментовъ, опредѣляющихъ возникновеніе и прекращеніе правъ; таковы: истеченіе извѣстнаго времени, достиженіе извѣстнаго возраста, наступленіе извѣстнаго состоянія и проч.

Всеобщихъ же способовъ возникновенія и прекращенія правъ нѣтъ (за исключеніемъ, конечно, уничтоженія личности, какъ субъэкта правъ); эти способы различны для различныхъ классовъ правъ; но есть извѣстные моменты, общіе всѣмъ тѣмъ способамъ, которые состоятъ въ какомъ-либо дѣйствіи или нѣкоторомъ промежуткѣ времени. Объ этомъ рѣчь будетъ въ слѣдующихъ параграфахъ.

Всеобщимъ [1]) способомъ прекращенія правъ нѣкоторое время считали *неупользованіе* ими (Nichtausuebung) въ теченіи извѣстнаго времени. Изъ этого правила исключались только нѣкоторыя права—res merae facultatis, названныя такъ потому, что осуществленіе ихъ считалось вполнѣ зависившимъ отъ произвола субъэкта, не терпѣвшаго при томъ отъ неосуществленія ихъ никакихъ невыгодныхъ послѣдствій. На самомъ же дѣлѣ выходитъ совершенно наоборотъ. Весьма важно то обстоятельство, представляется ли для возникновенія или прекращенія извѣстнаго права необходимымъ какое либо дѣйствіе пріобрѣтателя (во второмъ случаѣ—субъэкта права), или же въ такомъ дѣйствіи нѣтъ никакой надобности, такъ что самое возникновеніе и прекращеніе совершаются ipso jure (такъ наз. adquisitio immediata). Нѣкоторыя дѣйствія субъэкта права могутъ имѣть своимъ случайнымъ, независимымъ отъ его воли, послѣдствіемъ — прекращеніе этого права (прекращеніе права вслѣдствіе какого-либо недозволеннаго дѣйствія субъэкта называется у нѣмцевъ Verwirkung), или же при совершеніи это-

[1] Изъ Пандектъ.

го дѣйствія субъэктъ права имѣетъ прямо въ виду прекратить оное; утрата права, основаніемъ которой служитъ воля его субъэкта, вообще называется отчужденіемъ, alienatio (Veraeuszerung); отреченіемъ же, renuntiatio (Verzicht), называется такое отчужденіе права, при которомъ не имѣется въ виду передача послѣдняго другому лицу.

Отреченіе отъ различныхъ правъ совершается различнымъ образомъ, при чемъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ достаточно односторонняго дѣйствія, въ другихъ же необходимъ договоръ.

Общаго ученія объ отреченіи не существуетъ, т. е. нѣтъ правилъ, дѣйствительныхъ съ одной стороны только для этого способа отчужденія, съ другой стороны для всѣхъ видовъ отреченія; титулы каноническаго права de renuntiatione относятся лишь къ одному особенному случаю отреченія. Мнѣніе это имѣетъ впрочемъ значеніе только относительно общаго права [1]). Мѣстныя же права отчасти установили такія общія правила; такъ напр., по прусскому законодательству невозможно молчаливое отреченіе отъ права. Какъ бы твердо ни установилась сущность понятія отреченія, однако все таки будутъ возникать затрудненія въ примѣненіи его на практикѣ, вслѣдствіе смѣшенія отреченія отъ правъ съ отказомъ (Entsagung), соединеннымъ съ извѣстнымъ положительнымъ содержаніемъ.

Дѣйствія, какъ способы возникновенія и прекращенія правъ.

§ 49. [2])

Юридическими дѣйствіями называются такія дѣйствія, которыя влекутъ за собой извѣстныя юридическія послѣдствія. Эти послѣдствія могутъ находиться въ двоякомъ отношеніи къ самому дѣйствію, въ особенности же къ намѣренію дѣйствующаго лица: 1) или они предполагаются дѣйствующимъ лицомъ и имъ имѣются въ виду; такія юридическія дѣйствія, совершаемыя съ цѣлью породить то или другое юридическое послѣд-

---

[1]) Опыты созданія такого ученія дѣлали напр. Graebe, die Lehre des Verzichts, 1843 г., Seuffert, Lehrbuch des prakt. Pandektenrechts (3 е изданіе 1852 г.) § 90 Къ этому ученію относится правило о недѣйствительности общаго отказа безъ спеціальнаго. C. 81 de reg. jur. in VI—to (5, 12): in generali concessione non veniunt ea, quae quis non esset verisimiliter in specie concessurus. L. 4. §. 4. D. si quis caut. (2, 11); L. 3. §. 1; L 5; L. 9. §. 1. 3. D. de transact. (2, 15). Оно впрочемъ не представляетъ ничего, кромѣ примѣненія общихъ началъ изъясненія законовъ. *Прим. изд.*

[2]) Изъ Пандектъ.

ствіе, называются *юридическими сдѣлками* (Rechtsgeschaefte); или эти послѣдствія являются помимо воли дѣйствующаго лица и представляются такимъ образомъ непроизвольнымъ результатомъ самаго дѣйствія. Это послѣднее возможно въ юридическихъ сдѣлкахъ; когда онѣ кромѣ предвидѣнныхъ и желаемыхъ послѣдствій порождаютъ другія, которыя дѣйствующимъ лицомъ не имѣлись въ виду; всегда же это случается въ *дѣйствіяхъ недозволенныхъ*, беззаконныхъ, юридическія послѣдствія которыхъ постоянно наступаютъ помимо воли дѣйствующаго лица.

Условія, которымъ должно удовлетворять всякое юридическое дѣйствіе, слѣдующія: 1) воля лица (Willensvermoengen); 2) направленіе воли на что-либо (намѣреніе, Entschlusz); воля въ юридическихъ сдѣлкахъ направляется на юридическую цѣль, на объэктъ ихъ, который поэтому долженъ находиться въ области юридическаго воздѣйствія лица; въ противозаконныхъ дѣйствіяхъ—на нарушеніе права, вслѣдствіе ли злаго умысла (dolus), или вслѣдствіе противозаконной небрежности и неосторожности (culpa); 3. проявленіе воли (Aeuszerung, factum) какимъ-либо положительнымъ или отрицательнымъ дѣйствіемъ (бездѣйствіемъ, Unterlassen) [1]. Безъ такого проявленія воли во внѣ не можетъ быть юридическаго дѣйствія.

Въ примѣненіи изложенныхъ правилъ и въ ихъ вліяніи на юридическія дѣйствія вообще необходимо замѣтить слѣдующія два момента: 1) субъэктъ и 2) самое дѣйствіе, какъ относительно содержанія, такъ и относительно формы его.

Примѣненіе этихъ общихъ понятій къ отдѣльнымъ вопросамъ будетъ указано въ слѣдующихъ параграфахъ.

А. Субъэктъ дѣйствія.

1. Дѣеспособность.

§ 50.

Дѣеспособностью называется способность лица порождать своими дѣйствіями юридическія послѣдствія (физическія послѣдствія можетъ имѣть всякое дѣйствіе); поэтому ее и слѣдуетъ

[1]) Не всякое бездѣйствіе, также какъ и не всякое дѣйствіе, можетъ служить для проявленія воли вовнѣ (иначе спящаго пришлось бы также считать дѣйствующимъ). а лишь такое бездѣйствіе, которое вытекаетъ изъ прямаго намѣренія лица.

отличать отъ простой правоспособности, служащей необходимымъ ея условіемъ.

Дѣеспособность находится въ зависимости отъ всѣхъ трехъ условій, которымъ должно удовлетворять всякое юридическое дѣйствіе, т. е. отъ воли, намѣренія (Entschlusz) и проявленія во внѣ. Лицо поэтому можетъ во всѣхъ этихъ трехъ отношеніяхъ быть лишено способности совершать юридическія дѣйствія, если оно не удовлетворяетъ тому, другому или третьему условію.

1) Наиболѣе ограничена способность совершать юридическія дѣйствія, сдѣлки и правонарушенія,—у лицъ не имѣющихъ воли, умалишенныхъ. Это ограниченіе не юридическое, а чисто физическое, такъ какъ даже и физическія дѣйствія этихъ лицъ не возможны. Прежде всего къ нимъ относятся всѣ лишившіеся разсудка вслѣдствіе душевныхъ болѣзней; дѣеспособными эти лица бываютъ только въ ихъ свѣтлые промежутки, dilucida intervalla. Также слѣдуетъ относиться и къ находящимся въ горячечномъ бреду, къ лунатикамъ и вообще подверженнымъ сомнамбулизму. До такого же состоянія можетъ доводить и пьянство. Но приведеніе себя въ состояніе опьяненія является при вопросѣ о преступленіяхъ само по себѣ дѣяніемъ наказуемымъ; совершившій проступокъ при такомъ условіи отвѣчаетъ по крайней мѣрѣ за culpa. Гнѣвъ является только въ одномъ случаѣ препятствіемъ къ дѣеспособности, а именно разводъ съ женою (Verstoszung der Frau) считается не дѣйствительнымъ, если онъ произошелъ въ минуту сильнѣйшаго аффекта гнѣва. Это правило должно быть распространяемо и на другія проявленія воли, напр. на отказъ отъ наслѣдства, если предположить, что вслѣдствіе аффекта произошло полное отсутствіе разумѣнія. Напротивъ, къ внѣшнему правонарушеній гнѣвъ не считается препятствіемъ; обратное вышеуказанному правило представляется весьма непрактичнымъ, такъ какъ возможность лица совершить всю внѣшнюю, обрядовую сторону юридической сдѣлки будетъ обыкновенно противорѣчить признанію сильной степени гнѣва.

Съ умалишенными вполнѣ сравнены дѣти, infantes. Въ первые годы жизни человѣку не достаетъ правильнаго разумѣнія, которое необходимо для юридической воли. Неспособность дѣтей имѣть твердую волю представляется въ сущности естественною; юридическій же элементъ заключается здѣсь въ томъ, что это естественное состояніе ограничивается опредѣленнымъ числомъ лѣтъ.

Сюда же относятся, наконецъ, юридическія лица—не только universitates bonorum, но и universitates personarum. такъ

какъ волю всѣхъ членовъ корпораціи нельзя считать волею юридическаго лица. Члены могутъ имѣть только свойства представителей (§ 53).

Такимъ образомъ всѣ исчисленныя категоріи лицъ могутъ вступать въ юридическое общеніе только посредствомъ представителей. Конечно, представительство возможно только по отношенію къ юридическимъ сдѣлкамъ; въ правонарушеніяхъ его быть не можетъ. Отсюда слѣдуетъ, что не можетъ быть и рѣчи о преступленіи юридическаго лица; противоположное этому мнѣніе произошло вслѣдствіе того, что долгое время считали дѣйствія членовъ его дѣйствіями самого лица. Поэтому къ юридическому лицу не можетъ быть предъявленъ уголовный искъ [1]). Совсѣмъ иной характеръ имѣетъ обязанность юридическаго лица отвѣчать за dolus своихъ представителей въ той мѣрѣ, въ какой оно обогатилось, именно благодаря этому обману [2]). Это уже не будетъ уголовнымъ искомъ противъ юридическаго лица, а обязательствомъ ex re, не требующимъ какого-либо дѣйствія со стороны контрагента, а потому доступнымъ и для лица недѣеспособнаго. Притомъ, въ цитированномъ мѣстѣ прямо сказано: quid enim municipes dolo facere possunt?

2) Отчасти неспособны къ юридической дѣятельности, т. е. имѣютъ ограниченную дѣеспособность тѣ лица, которыя или вовсе не понимаютъ юридическаго значенія дѣйствій, или не понимаютъ его настолько, насколько это необходимо для ихъ дѣйствительности; эти лица не способны къ тѣмъ дѣйствіямъ, въ которыхъ такое пониманіе имѣетъ значеніе.

Къ этому разряду принадлежатъ прежде всего impuberes infantia majores. Они ограничены

а) по отношенію къ юридическимъ сдѣлкамъ. Они не способны къ отчужденіямъ и къ принятію на себя обязательствъ, т. е. ко всѣмъ тѣмъ дѣйствіямъ, которыя заключаютъ въ себѣ уменьшеніе имущества лица дѣйствующаго, которыя вслѣдствіе недостаточности разумѣнія могутъ повлечь за собой невыгодныя для него послѣдствія. Есть институтъ, который служитъ для восполненія недостаточной дѣеспособности. Такая восполняющая сила признана за формальнымъ уполномоченіемъ малолѣтняго къ дѣйствію чрезъ опекуна, tutoris auctoritas (§ 347).

---

[1]) L. §. 1. D. quod metus (4, 2): sive singularis persona sit, quae metum intulit, vel populus vel curia vel collegium vel corpus, huic edicto locus erit. Здѣсь разумѣется, что все равно, причиняетъ ли страхъ одно лицо, singularis persona, или populus, corpus etc., т. е. нѣсколько физическихъ лицъ.

[2]) L. 15. §. 1 D. de dolo m. (4, 3).

Благодаря опекунской власти, чисто естественное, физическое дѣйствіе опекаемаго получаетъ юридическое значеніе, что не мыслимо вовсе по отношенію къ furiosi и infantes; благодаря тому, что малолѣтній имѣетъ опекуна (и сдѣлался такимъ образомъ sui juris), онъ становится способнымъ по всѣмъ вышеуказаннымъ дѣйствіямъ; но безъ этой власти малолѣтній можетъ вступать только въ такія обязательства, слѣдствіемъ которыхъ является его обогащеніе; для совершенія этихъ послѣднихъ отсутствіе дѣеспособности не можетъ служить препятствіемъ. Однако auctoritas tutoris слѣдуетъ отличать отъ простаго представительства опекаемаго его опекуномъ (§ 53), когда опекаемый самъ вовсе не дѣйствуетъ, а дѣйствуетъ за него одинъ опекунъ. Институтъ опеки имѣлъ въ римскомъ правѣ большее значеніе, чѣмъ въ нынѣшнемъ потому, что онъ былъ почти единственнымъ способомъ предоставить полную дѣеспособность лицамъ, не обладающимъ таковою, тѣмъ болѣе что представительство допускалось далеко не во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ какихъ оно допускается въ нынѣшнемъ правѣ.

Малолѣтніе считаются однако способными къ дѣятельности, направленной на пріобрѣтеніе безмездное, т. е. не соединенное ни съ отчужденіемъ, ни съ принятіемъ на себя обязательства; въ этомъ заключается отличіе малолѣтнихъ отъ infantes, неспособныхъ, по недостатку воли, ни къ какимъ пріобрѣтеніямъ. Неполное разумѣніе не служитъ въ этомъ случаѣ препятствіемъ.

Для этихъ лицъ не доступенъ еще одинъ видъ юридическихъ дѣйствій, не принадлежащій ни къ одному изъ исчисленныхъ видовъ,—составленіе завѣщаній. Здѣсь необходимо собственное полное разумѣніе и не можетъ быть допускаемо вмѣшательство опекуна.

b) по отношенію къ недозволеннымъ дѣйствіямъ. Эти лица не способны ни на dolus, ни на culpa, поэтому правонарушенія малолѣтнихъ не влекутъ за собою никакихъ послѣдствій; auctoritas опекуна здѣсь, конечно, не мыслима. Отступленіе отъ этого правила представляетъ положеніе, что лицо pubertati proximus можетъ совершать недозволенныя дѣйствія и потому обязано отвѣчать за нихъ. Подъ именемъ pubertati proximus разумѣется такое лицо, которое настолько близко къ совершеннолѣтію, что въ немъ не возможно отрицать полнаго пониманія законности и незаконности дѣяній. Въ этомъ случаѣ различіе между dolus и culpa не имѣетъ значенія (еслибы это различіе существовало, то пришлось бы признать, что малолѣтній долженъ раньше отвѣчать за dolus, чѣмъ за culpa, такъ какъ отвѣтственность за эту послѣднюю есть требованіе сильнѣйшее и болѣе строгое, чѣмъ требованіе, чтобы лицо не дѣйствовало

dolose). Указанное положеніе объ отвѣтственности лицъ pubertati proximi не имѣетъ никакого значенія по отношенію къ юридическимъ сдѣлкамъ.

Съ impuberes сравнены prodigi, которыя своимъ расточительнымъ образомъ жизни показали недостатокъ разумѣнія и непониманіе цѣны вещей. Впрочемъ для такого сравненія необходимо оффиціальное признаніе и объявленіе лица расточителемъ (Prodigalitaetserklaerung). Это уравненіе расточителей съ малолѣтними подлежитъ слѣдующимъ тремъ ограниченіямъ:

a) Оно возможно только по отношенію къ юридическимъ сдѣлкамъ, такъ какъ въ нихъ только можетъ быть гибельна недостаточность разумѣнія и такъ какъ ихъ только имѣетъ въ виду правило: prodigi nulla voluntas est;

b) Для расточителей, также какъ и для furiosi, не существуетъ auctoritas tutoris;

c) Имъ доступны нѣкоторыя юридическія сдѣлки, предметомъ которыхъ служитъ принятіе на себя обязательства и отчужденіе, если только эти сдѣлки выгодны [1]). Уравненіе расточителей съ умалишенными относится только до попечительства (cura), а не до дѣеспособности.

Женщины, когда имъ приходилось вступать въ юридическія сдѣлки, считались, за немногими отступленіями, въ древнѣйшемъ правѣ равными малолѣтнимъ, такъ что и для нихъ нужна была auctoritas tutoris. Въ новомъ правѣ этого уже нѣтъ, и принадлежность къ женскому полу не уничтожаетъ дѣеспособности лица. Только въ видѣ исключенія за ними не признана способность къ нѣкоторымъ юридическимъ сдѣлкамъ, именно къ интерцессіямъ.

3) Частичная неспособность къ дѣятельности можетъ возникать также и изъ третьяго условія дѣйствій—выраженія воли во внѣ. Такое ограниченіе представляется большею частію чисто естественнымъ, зависящимъ отъ физической невозможности для лица проявить свою волю во внѣ установленнымъ способомъ. Такое же препятствіе мыслимо и по отношенію къ преступленіямъ (напр. человѣкъ, лишенный конечностей, не можетъ совершить убійства, развѣ только чрезъ подстрекательство). Оно возможно и по отношенію къ юридическимъ сдѣлкамъ, вслѣдствіе той или другой формы, свойственной этимъ сдѣлкамъ (напр. вслѣдствіе отсутствія, когда нужно присутствовать, вслѣдствіе нѣмоты и глухоты, когда совершеніе сдѣл-

---

[1]) L. 3. D. de novat. (46, 2), L. 5. D. de adqu. hered. (29, 2).

ки требуетъ живаго слова и слуха). Ограниченіе дѣеспособности не простирается здѣсь за физическія границы.

Но есть видъ неспособности, относящійся сюда же и основывающійся на юридическихъ началахъ, это — неспособность малолѣтнихъ къ судебнымъ актамъ, каково бы ни было ихъ содержаніе (отсутствіе права лица standi in judicio). И здѣсь возможно восполненіе этого недостатка чрезъ auctoritas tutoris, немыслимое, конечно, при неспособности лица, основанной на упомянутыхъ, чисто физическихъ недостаткахъ.

2. Право распоряженія.

§ 51.

Юридическія сдѣлки состоятъ обыкновенно въ распоряженіи какимъ-либо предметомъ. Поэтому право распоряженія (Dispositionsbefugnisz) представляется также необходимымъ условіемъ дѣйствительности сдѣлокъ: предметъ ихъ долженъ находиться въ области юридическаго воздѣйствія дѣйствующаго лица.

Лицо можетъ быть лишено права распоряженія по слѣдующимъ причинамъ:

1) Вслѣдствіе особыхъ свойствъ самого объэкта сдѣлки, когда напр. онъ повсемѣстно изъятъ изъ частнаго распоряженія. Объэктами юридическихъ сдѣлокъ прежде всего не могутъ быть сами законы (jus publicum въ этомъ смыслѣ): законы не могутъ быть измѣняемы по волѣ частныхъ лицъ; всякая сдѣлка, направленная на такое измѣненіе, будетъ недѣйствительна: jus publicum privatorum pactis mutari non potest. Поэтому, если данный законъ что-либо предписываетъ или запрещаетъ, то никакая юридическая сдѣлка не можетъ допустить противоположное; напр., всякій опекунъ обязанъ давать отчеты по опекѣ, поэтому онъ никакимъ распоряженіемъ частнаго лица не можетъ быть освобожденъ отъ этой обязанности (tutor aneclogistus не возможенъ). Вообще законы не подлежатъ отмѣнѣ частныхъ лицъ съ какой бы то ни было стороны; напр. наслѣдодатель не можетъ дать наслѣднику beneficium inventarii чрезъ самоличное составленіе инвентарія: наслѣдодатель не можетъ установить въ своемъ завѣщаніи наслѣдованія по закону. Другими словами: юридическія сдѣлки не могутъ создавать законовъ, а могутъ давать лишь права. (Отступленіе отъ этого правила, обусловленное правомъ автономіи, указано было выше въ § 11). Кромѣ того есть вещи, изъятыя изъ частнаго распоряженія, res quarum commercium non est, которыя также какъ и вещи, составляющія собствен-

ность общинъ, не могутъ подлежать произвольному распоряженію. Какъ тѣ, такъ и другія вещи должны прежде утратить свой характеръ священности или всеобщности, а это можетъ произойти только по волѣ законодательной власти.

2) Вслѣдствіе извѣстнаго отношенія лица распоряжающаго къ объэкту права. Объэктъ долженъ подлежать не только распоряженію вообще, но распоряженію даннаго субъэкта въ частности. Юридическія сдѣлки никогда не могутъ имѣть своимъ послѣдствіемъ уменьшеніе чужихъ правъ. На этомъ основаніи могутъ быть недѣйствительны договоры, объэктомъ которыхъ служитъ чужая вещь. Однако не всѣ такіе договоры недѣйствительны (вполнѣ возможны напр. договоры о передачѣ владѣнія чужою вещью, объ обязанности доставить чужія вещи). Но невозможно передать другому лицу право собственности на такую вещь, которая мнѣ не принадлежитъ, установить на нее сервитутъ, заложить ее и проч. (если только лицо, передающее вещь, не уполномочено къ тому какимъ-либо другимъ правомъ).

Препятствіе къ распоряженію вещью, представляемое правомъ третьяго лица на ту же вещь, можетъ быть устранено согласіемъ субъэкта права, consensus (насколько онъ къ тому управомоченъ). Соглашающійся (Consentient) является по отношенію къ сдѣлкѣ, на которую онъ даетъ свое согласіе, — лицомъ второстепеннымъ, а не главнымъ. Онъ долженъ признать всѣ тѣ послѣдствія, которыя будетъ имѣть юридическая сдѣлка, благодаря его согласію; но на него отнюдь не переходятъ никакія обязанности, изъ нея вытекающія; согласившійся напр. на продажу кѣмъ-либо его вещи не отвѣчаетъ по actio emti, согласившійся на залогъ своей вещи не будетъ отвѣтчикомъ по pigneratitia actio contraria.

Точно такое же послѣдствіе имѣетъ и признаніе сдѣлки послѣ ея заключенія, ratihabitio. Такая одинаковость послѣдствій существуетъ даже по отношенію ко времени: дѣйствительность сдѣлки считается не съ момента ратигабиціи, но съ минуты заключенія самой сдѣлки: omnis ratihabitio retrotrahitur. Это правило признается согласнымъ съ волею лица ратигабирующаго, а потому оно ограничивается въ тѣхъ случаяхъ, 1) когда можетъ быть доказано, что лицо, признающее сдѣлку, вовсе не имѣло намѣренія утверждать ее съ момента заключенія; 2) когда воля этого лица сама по себѣ не могла имѣть означеннаго послѣдствія: ратигабирующій не можетъ никому посредственнымъ способомъ предоставить такое право, которое онъ не могъ бы передать лично отъ себя путемъ совершенія какой-либо сдѣлки; напр. лицо, сдѣлавшееся лишь за полгода собственникомъ извѣстнаго имущества, не можетъ ратигабировать

распоряженія этимъ имуществомъ, совершеннаго другимъ лицомъ за годъ до того.

3) Вслѣдствіе особеннаго положенія лица распоряжающаго. Это положеніе можетъ быть такого рода, что лицу, предписаніемъ закона, запрещено распоряжать своими правами. Сюда [1]) относятся лица, находящіяся подъ опекой: установленіе надъ кѣмъ-либо опеки лишаетъ это лицо права на управленіе (Administration) имуществомъ и отнимаетъ у него возможность предпринимать юридическія сдѣлки, могущія повести къ уменьшенію его имущества, каковы отчужденія и обязательства. Если лицо, попадающее подъ опеку, дѣеспособно, то опека не отнимаетъ у него его дѣеспособности, такъ какъ оно для самаго совершенія того или другаго юридическаго дѣйствія не нуждается даже въ содѣйствіи (auctoritas) опекуна. Но отнятіе у лица права управленія имуществомъ влечетъ за собою тождественныя послѣдствія, т. е. дѣлаетъ лицо неспособнымъ вступать въ указанные виды сдѣлокъ безъ разрѣшенія, безъ consensus опекуна. Препятствіемъ къ свободной правовой дѣятельности служитъ здѣсь не недостатокъ дѣеспособности, а отсутствіе права распоряженія, при чемъ послѣдствія того и другаго совершенно одинаковы.

На основаніи этихъ началъ слѣдуетъ разрѣшать спорный вопросъ о томъ, какія ограниченія испытываютъ въ своихъ юридическихъ дѣйствіяхъ несовершеннолѣтніе, вслѣдствіе установленія надъ ними опеки?

Puberes minores вполнѣ дѣеспособны какъ по отношенію къ преступленіямъ, такъ и по отношенію къ юридическимъ сдѣлкамъ. Это правило нисколько не измѣняется вслѣдствіе возможности реституціи in integrum, такъ какъ самая реституція предполагаетъ вполнѣ дѣйствительный актъ лица.

Какое же вліяніе имѣетъ установленіе опеки?

Для правильнаго пониманія древнеримскихъ законовъ мы считаемъ необходимымъ напомнить, что въ римскомъ правѣ опека была добровольною (pubes minor получалъ опекуна не противъ воли, но только тогда, когда онъ самъ просилъ о назначеніи таковаго) и что только въ нынѣшнемъ правѣ она сдѣлалась необходимою. Нѣкоторые ученые утверждали, что уже въ новѣйшемъ римскомъ правѣ опека существовала въ большинствѣ случаевъ. Если мы даже и признаемъ справед-

---

1) Въ такомъ положеніи находятся всѣ малолѣтніе, состоящіе подъ опекой и тѣ изъ дѣеспособныхъ несовершеннолѣтнихъ, которые имѣютъ попечителя. Изъ Пандектъ.

ливость этого положенія, то все-таки придется сознаться, что фактъ всеобщности опеки не можетъ имѣть значенія юридическаго правила въ виду того, что принятіе опеки несовершеннолѣтнимъ зависѣло въ то время отъ его воли.

Отданный подъ опеку несовершеннолѣтній, pubes minor, рѣшительно утрачиваетъ способность самолично отчуждать свою собственность; ему необходимо согласіе curator'a [1]), потому-что отчужденіе есть составная часть права управленія, отнятаго у несовершеннолѣтняго и предоставленнаго куратору.

Все вышеизложенное безспорно признано всѣми. Но за то неоднократно была оспариваема необходимость согласія куратора для принятія лицомъ несовершеннолѣтнимъ на себя какого-либо обязательства. Общее мнѣніе признаетъ такую необходимость; нѣсколько новѣйшихъ юристовъ отвергаютъ ее [2]). Они утверждаютъ, что minores не могутъ считаться неспособными къ принятію на себя обязательствъ, что они въ этомъ отношеніи не сравнены съ impuberes. Поэтому имъ для заключенія обязательствъ вовсе не нужно содѣйствія и поддержки куратора, тогда какъ для impuberes необходимо въ тѣхъ же случаяхъ содѣйствіе опекуна (tutor). Свой взглядъ они подкрѣпляютъ ссылкой на L. 101. D. de V. O. (45, 1), ср. съ fr. vat. § 110: non curatore praesente. Но этими словами, по нашему мнѣнію, вовсе не разрѣшется вопросъ о необходимости согласія куратора, которое можетъ, какъ извѣстно, предшествовать юридическому дѣйствію или слѣдовать за нимъ. Всѣ подобныя объясненія указаннаго мѣста ошибочны именно вслѣдствіе такой ссылки на consensus curatoris, о которомъ здѣсь нѣтъ и рѣчи; ошибка заключается въ томъ, что всѣ считаютъ слова sine curatoribus suis вполнѣ однозначащими съ словами sine consensu curatoris. Эту ошибку мы видимъ 1) у защитниковъ вышеупомянутаго общаго мнѣнія, не только позволяющихъ себѣ разныя произвольныя предположенія для того, чтобы согласить эту цитату съ своимъ воззрѣніемъ (они напр. предполагаютъ, что въ ней идетъ рѣчь о сдѣлкахъ, касающихся имущества, тогда какъ тамъ прямо сказано объ обязательствахъ: ex stipulatu obligari), но и старающихся достигнуть своей цѣли различными, ни на чемъ не основанными, исправленіями, такъ они напр. вмѣсто possunt читаютъ non possunt:

---

[1]) L. 3. C. de in integr. rest. minor. (2, 22).

[2]) Marezoll, Zeitschr. f. Civilr. II. 12 (1829.); Savigny, въ Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. X. стр. 287; Rudorff. Recht der Vormundsch. стр. 284; Vangerow. Leitfaden I. стр. 463.

этотъ способъ устраненія противорѣчій безъ сомнѣнія весьма легокъ, но врядъ ли можетъ быть одобренъ; 2) у послѣдователей противоположнаго воззрѣнія, главнѣйшимъ основаніемъ котораго также считается цитированное мѣсто; на самомъ же дѣлѣ оно является единственнымъ основаніемъ, такъ какъ другихъ основаній у нихъ почти нѣтъ (L. 101. cit. вовсе и не говоритъ о согласіи опекуновъ, а лишь о присутствіи ихъ при сдѣлкахъ опекаемыхъ, и установляетъ, что minor вовсе не долженъ привлекать попечителя лично къ заключенію сдѣлки [1]).

Одно только указанное общее мнѣніе представляется разумнымъ и выдерживающимъ критику какъ по внутреннимъ, такъ и по внѣшнимъ своимъ основаніямъ.

1) Внутреннія основанія.

Возможность произвольно вступать въ различныя обязательства есть такая же составная часть права управленія, какъ и возможность отчуждать свое имущество. Когда идетъ рѣчь о дѣеспособности, то отчужденіе и принятіе обязательства всегда уравниваются, напр. относительно расточителей [2]). Установлять между ними какое-либо различіе совершенно невозможно. Савиньи, впрочемъ, раздѣляетъ противоположное мнѣніе на томъ основаніи, что будто бы, при принятіи лицомъ на себя какого-либо обязательства, изъ его имущества ничего не отнимается, и слѣдовательно, для охраненія лица отъ всѣхъ могущихъ послѣдовать для него отъ даннаго обязательства убытковъ и ущербовъ, вполнѣ достаточно одной in integrum restitutio. Но restitutio in integrum есть способъ охраненія правъ, допускаемый въ весьма рѣдкихъ случаяхъ; поэтому нельзя не признать этого способа охраненія въ данномъ случаѣ совершенно недостаточнымъ, такъ какъ, при принятіи на себя обязательства, лицо, нуждающееся въ реституціи, легче можетъ

---

[1]) Мнѣ приходится неоднократно опровергать принятое въ текстѣ общее воззрѣніе. Въ L. 101 cit. мы читаемъ: puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari, а въ fr. vat. §. 110:—P. respondit etiam post nuptias copulatas dotem promitti vel dari posse, sed non curatore praesente promitti debere, sed tutore auctore. Итакъ Павелъ говоритъ, что для дачи приданаго (datio dotis), являющейся актомъ отчужденія, необходимо содѣйствіе попечителя; для обѣщанія же приданаго, promissio dotis, какъ акта принятія на себя обязательства, онъ считаетъ излишнимъ не только присутствіе, но и всякое содѣйствіе опекуна. Такъ какъ auctoritas tutoris исчезла изъ юстиніановскаго права, то слѣдуетъ заключить, что несовершеннолѣтнее лицо можетъ принимать на себя обязательства безъ всякаго содѣйствія опекуна и что въ L. 101. cit. отрицается необходимость согласія куратора, а не его присутствія, каковое при существованіи consensus, не имѣло вовсе никакого значенія.

Прим. изд.

[2]) L. 6. D. de V. O. (45, 1).

пропустить реституціонный срокъ, чѣмъ въ томъ случаѣ, когда оно уже въ дѣйствительности чего-либо лишилось. Къ этому присоединяется еще и то обстоятельство, что принятіе на себя обязательства есть на самомъ дѣлѣ то же отчужденіе: должныя цѣнности не увеличиваютъ собою нашего имущества, а напротивъ уменьшаютъ его, благодаря существованію обязательства. Признавъ, что принятіе на себя обязательства и отчужденіе въ сущности имѣютъ одинаковое послѣдствіе—уменьшеніе имущества лица обязавшагося, нельзя думать, чтобы римскіе юристы были настолько неблагоразумны, что, придерживаясь только внѣшности и пренебрегая дѣйствительностью, они допустили ту ошибку, которую имъ приписываютъ упомянутые ученые.

2) Внѣшнія основанія: случаи, разрѣшенные положительнымъ правомъ.

Consensus необходимъ: a) при аррогаціи (со времени Клавдія); b) при договорахъ объ отчужденіи и обязанностяхъ, вытекающихъ изъ этихъ договоровъ [1]), по отношенію къ которымъ несовершеннолѣтніе сравниваются съ расточителями; c) при веденіи процессовъ и, конечно, при принятіи на себя обязательства такого веденія; d) при обѣщаніи приданаго, къ которому, въ виду favor dotis, конечно, относились столь же благопріятно, какъ и къ другимъ обѣщаніямъ; e) при принятіи наслѣдства, по той единственной причинѣ, что съ наслѣдствомъ всегда связаны какія-нибудь обязанности. Этихъ примѣровъ достаточно для разрѣшенія нашего сомнѣнія.

Выше мы говорили о ратигабиціи третьяго лица, право котораго служитъ препятствіемъ къ дѣйствительности юридической сдѣлки, заключенной между двумя лицами. Но весьма возможно, что такое препятствіе заключалось въ одномъ изъ лицъ, участвующихъ въ сдѣлкѣ; въ этомъ случаѣ также мыслима ратигабиція, но она должна исходить отъ самого участвовавшаго въ сдѣлкѣ лица. Этимъ и отличается этотъ видъ ратигабиціи отъ вышеуказаннаго вида ея. Напр., совершеннолѣтній можетъ ратигабировать недѣйствительную сдѣлку, заключенную имъ во время несовершеннолѣтія; сумасшедшій можетъ ратигабировать по выздоровленіи и т. п. Имѣетъ ли такая ратигабиція обратную силу (Rertrotraction)? При разрѣшеніи этого вопроса надобно различать два случая: ратигабируемое юридическое дѣйствіе можетъ быть или совершенно ничтожно (nichtig), или только по чему-либо недѣйствительно (anfechtbar, revocabel).

---

[1]) L. 3. D. de in integr. restit minor. (2, 22).

Въ первомъ случаѣ сдѣлка, вслѣдствіе ратигабиціи, не можетъ получить дѣйствительной силы съ момента ея заключенія, такъ какъ нѣтъ возможности создать какую бы то ни было связь между наступившею дѣйствительностью и прежнею ничтожностью ея. Ратигабиціею здѣсь будетъ собственно новое заключеніе сдѣлки, со всѣми необходимыми условіями и послѣдствіями такого заключенія.

Хотя относительно втораго случая и должно вообще сказать, что ратигабиція имѣетъ обратное дѣйствіе, но выраженіе это не будетъ соотвѣтствовать дѣйствительности, такъ какъ напр. сдѣлка можетъ подлежать реституціи in integrum, или можетъ быть оспариваема, какъ заключенная по принужденію (см. ниже). На самомъ дѣлѣ мы видимъ, что сдѣлка дѣйствительна, но ея послѣдствіямъ противопоставляется право извѣстнаго лица опровергать, оспаривать ее. Такъ какъ это право оспаривать сдѣлку прекращается при ратигабиціи, то слѣдуетъ, конечно, придти къ заключенію, что сдѣлка точно также дѣйствительна, какъ будто права оспаривать ее вовсе и не существовало.

На границѣ между двумя указанными случаями ратигабиціи сдѣлки третьимъ лицомъ, находится случай даренія чего-либо отцемъ подвластнымъ дѣтямъ и даренія между супругами. Самое дареніе ничтожно, но оно можетъ получить дѣйствительное значеніе вслѣдствіе смерти дарителя, неуспѣвшаго взять подаренное обратно или при жизни подтвердившаго актъ даренія. Только при этихъ двухъ условіяхъ ничтожность означенныхъ сдѣлокъ разсматривается юстиніановскимъ правомъ какъ простой порокъ ея, допускающій возможность опроверженія, а вмѣстѣ съ тѣмъ и обратное дѣйствіе ратигабиціи. Этимъ не только не опровергается, а скорѣе подтверждается вышеуказанное правило о томъ, что обратная сила ратигабиціи не мыслима въ сдѣлкахъ ничтожныхъ.

Если же указанные два вида даренія недѣйствительны еще по какой-либо другой причинѣ, напр. вслѣдствіе того, что подаренное имущество осталось непереданнымъ лицу одаренному, то такой недостатокъ сдѣлки можетъ быть устраненъ подтвержденіемъ самой сдѣлки въ завѣщаніи, но дѣйствительною становится она лишь со времени этого послѣдняго подтвержденія.

3. Дѣйствія чрезъ представителей.

§ 52.

Можно ли совершить сдѣлку чрезъ представителя съ тѣми же самыми послѣдствіями для представляемаго, какъ если бы онъ

лично участвовалъ въ ея совершеніи? Этотъ вопросъ рождается прежде всего при мысли о лицахъ недѣеспособныхъ, но затѣмъ примѣняется и къ лицамъ дѣеспособнымъ, которые могутъ нуждаться въ представителяхъ или вслѣдствіе физическихъ причинъ, напр. отсутствія и другихъ препятствій, или просто вслѣдствіе предполагаемаго въ представителяхъ большаго знанія дѣла и опытности.

Поставленный выше вопросъ имѣетъ, конечно, въ виду только юридическія дѣйствія: въ правонарушеніяхъ представительство не мыслимо. Поручить кому-нибудь совершить преступленіе то же, что совершить его самому (приказывающій есть интеллектуальный виновникъ, а исполняющій — физическій), да и вообще въ дѣйствительной жизни никто не бываетъ въ такомъ положеніи, чтобы могъ совершить недозволенное дѣйствіе отъ имени другаго лица.

Но и въ юридическихъ сдѣлкахъ необходимо указать два случая, гдѣ нѣтъ представительства. Представительство заключается, какъ извѣстно, въ томъ, что лицо, принимающее активное участіе въ сдѣлкѣ, дѣйствуетъ за другое лицо, для котораго это чужое дѣйствіе имѣетъ значеніе собственнаго. Поэтому не будетъ представительствомъ: 1) дѣятельность лица, состоящая не въ заключеніи юридической сдѣлки, а въ простой передачѣ, въ простомъ сообщеніи чужой воли; посланный поэтому—не представитель, и сдѣлка, совершенная при участіи посланнаго, будетъ сдѣлкою, заключенною самимъ контрагентомъ; 2) совершеніе какимъ-либо лицомъ отъ себя такой сдѣлки, которая хотя можетъ повлечь за собой извѣстныя послѣдствія для третьяго лица, не принимавшаго никакого участія въ ея заключеніи, но которая отнюдь не можетъ считаться совершенною этимъ третьимъ лицомъ и потому для него обязательною. Такое юридическое отношеніе возникаетъ напр. при принятіи кѣмъ-либо на себя чужаго обязательства, вслѣдствіе чего прежній должникъ освобождается отъ обязанности платить; или, когда кто-либо заплатитъ за должника, то этотъ послѣдній становится свободнымъ отъ своего обязательства къ прежнему кредитору, но все таки не считается лично заплатившимъ за себя; напротивъ, если должникъ самъ поручитъ кому-нибудь уплатить за себя извѣстный долгъ, то здѣсь является уже дѣйствіе его чрезъ представителя.

Возможность представительства есть, очевидно, искусственный юридическій институтъ, могущій, пожалуй, нѣсколько поколебать прочность и правильность юридическихъ отношеній. Привлеченіе къ дѣлу посредствующихъ лицъ не можетъ никогда повести къ лучшему уразумѣнію этого дѣла. Поэтому, съ есте-

ственной точки зрѣнія, слѣдуетъ отдать предпочтеніе принципу, по которому лицо, намѣревающееся вступить въ то или другое юридическое отношеніе, должно само совершать всѣ необходимыя для того дѣйствія. Если же напр. пріобрѣтеніе какого-нибудь права должно совершиться при помощи посредствующаго лица, то это послѣднее (если только данное юридическое отношеніе не противорѣчитъ такому образу дѣйствій) вступаетъ въ юридическую сдѣлку отъ себя лично и затѣмъ уже совершается перенесеніе пріобрѣтеннаго права съ этого лица на то лицо, которое первоначально намѣревалось пріобрѣсть его (dominus); такимъ образомъ можетъ быть напр. пріобрѣтено право собственности (Представительство же существовало бы здѣсь въ томъ только случаѣ, когда праву не было бы вовсе необходимости на нѣкоторое время сосредоточиваться на посредствовавшемъ лицѣ). Хотя принципъ невозможности представительства и существуетъ въ римскомъ правѣ, однако оно допустило отступленія отъ него во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда это было крайне необходимо; случаи же необходимости представительства постоянно умножаются съ развитіемъ цивилизаціи и съ увеличеніемъ государства.

Но бываютъ отношенія такого рода, что въ нихъ представительство является существенно необходимымъ и потому само собой предполагается; сюда относится напр. случай, когда одно лицо находится подъ такою властью другаго, что все пріобрѣтаемое первымъ считается принадлежащимъ послѣднему. Если такое пріобрѣтеніе признается совершеннымъ чрезъ представителя, то и послѣдствія его будутъ такія же, какъ и при личномъ пріобрѣтеніи лицомъ представляемымъ, а потому на этотъ случай и не распространяется вышеуказанное ограниченіе представительства. Это ограниченіе примѣняется главнымъ образомъ къ представительнымъ отношеніямъ, основаннымъ на свободномъ выборѣ представителя.

По отношенію къ дѣйствительности представительства (въ особенности свободнаго) слѣдуетъ различать три случая:

1) *Полное* представительство. Оно состоитъ въ томъ, что извѣстное юридическое отношеніе, обусловленное сдѣлкою представителя, непосредственно возникаетъ въ представляемомъ лицѣ, не сосредоточиваясь вовсе на представителѣ. Полное представительство является такимъ образомъ исключеніемъ изъ вышеуказаннаго принципа. Римское право допускаетъ этотъ видъ представительства только при пріобрѣтеніи владѣнія, а вмѣстѣ съ тѣмъ и права, находящагося отъ него въ зависимости, напр. при traditio, какъ способѣ пріобрѣтенія права собственности. Иначе это выражается слѣдующимъ образомъ: naturalis adqui-

sitio возможна посредствомъ свободнаго представительства. Выраженіе это съ перваго взгляда кажется слишкомъ общимъ, но имъ однако выражается то же самое, что и предшествовавшими словами. Затѣмъ было допущено свободное представительство при пріобрѣтеніи bonorum possessio и, подъ извѣстными условіями, даже при пріобрѣтеніи наслѣдства (именно для лицъ совершенно недѣеспособныхъ). Юстиніанъ присоединилъ еще одинъ случай: непосредственное пріобрѣтеніе закладнаго права путемъ договора, заключеннаго повѣреннымъ [1]). Въ нынѣшнемъ правѣ полное представительство распространено еще на множество случаевъ: посредствомъ него возможно не только всякое активное (durch Handlung) пріобрѣтеніе права собственности, за исключеніемъ пріобрѣтенія его путемъ гражданскаго наслѣдованія, Civilerbrecht (кромѣ нѣсколькихъ случаевъ, разрѣшаемыхъ еще римскимъ правомъ, а именно при пріобрѣтеніи наслѣдства отцомъ или опекуномъ малолѣтняго и представителями юридическаго лица) но и пріобрѣтеніе всѣхъ вещныхъ правъ вообще (jura in re).

2) *Неполное* представительство. Оно состоитъ въ томъ, что извѣстное юридическое отношеніе сосредоточивается на нѣкоторое время на представителѣ и уже съ него, чрезъ перенесеніе или другой тому подобный актъ, переходитъ на лицо представляемое. Неполное представительство дѣйствительно по римскому праву только во всѣхъ тѣхъ civiles adquisitiones, которыя не упомянуты въ первой рубрикѣ, за исключеніемъ случаевъ необходимаго представительства (см. выше). Такъ, mancipatio могла совершаться только такимъ образомъ, что mancipia переносились прежде всего на представителя, который въ свою очередь переносилъ ихъ на представляемое имъ лицо. Во всѣхъ относящихся сюда случаяхъ новое право стало допускать полное представительство.

Однако, какъ по римскому, такъ и по нынѣ дѣйствующему въ Германіи праву, къ неполному представительству относится возникновеніе обязательствъ (§ 273). Путемъ договора кредитором дѣлается представитель, но право требованія переходитъ посредствомъ (молчаливой) уступки (цессіи) на представляемое лицо. У лицъ, находящихся in potestate и пріобрѣтающихъ для лица владычествующаго, право требованія возникаетъ непосредственно въ лицѣ этого послѣдняго. По отношенію къ обязанностямъ, вытекающимъ изъ договора, существуетъ правило,

---

1) См. L. 9. C. per quas pers. (4, 27), ср. L. 11. §. 6. D. de pign. act. (13, 7); L 21. pr. D. de pignor. (20, 1).

что лицо, заключившее договоръ, является должникомъ; это правило примѣняется и къ находящимся in potestate (такъ какъ они способны дѣлать долги). Но иногда, вслѣдствіе извѣстныхъ причинъ, отвѣтственность по договору падаетъ и на лицо представляемое, такъ что должниками являются уже и заключившій сдѣлку представитель и dominus ея—лицо представляемое.

Нѣкоторые юристы, какъ напр. Савиньи [1]), думали, что уже по римскому праву допускалось полное представительство въ сдѣлкахъ естественныхъ, негражданскихъ (каковы напр. купля-продажа, заемъ), въ гражданскихъ (напр. въ стипуляціи) же не допускалось, и что въ новомъ правѣ оно допускается всегда. Этотъ взглядъ коренится въ неумѣстномъ обобщеніи естественнаго и гражданскаго пріобрѣтенія правъ и въ непониманіи L. 53. D. de adquir. rer. dom. (41, 1) [2]). Изъ словъ „veluti stipulationem" они заключаютъ, что обратное правило распространяется и на обязательства. Но эти слова приведены, очевидно, въ видѣ примѣра, вмѣсто слова mancipatio, въ чемъ можно убѣдиться: 1) изъ того, что здѣсь ему противополагается possesio, иначе названъ былъ бы также какой-нибудь договоръ; 2) изъ того, что не всѣ стипуляціи суть contractus juris cvilis; 3) изъ другаго римскаго постановленія [3]), ограничивающаго означенное исключеніе однимъ только владѣніемъ.

Недопущеніе полнаго представительства въ обязательствахъ не имѣетъ особыхъ историческихъ основаній, но коренится въ самой природѣ этого юридическаго отношенія и потому остается неизмѣннымъ и въ нынѣшнемъ правѣ.

3) *Отсутствіе* представительства. Оно встрѣчается въ тѣхъ случаяхъ, когда неполное представительство не возможно вслѣдствіе того, что не мыслимъ переходъ извѣстнаго права на личность представителя, а полное представительство не допускается закономъ. Сюда относится пріобрѣтеніе наслѣдства, составленіе завѣщанія (въ этихъ случаяхъ необходимо было бы предположить предварительное перенесеніе имущества, какъ совокупности, на представителя, который потомъ долженъ бы былъ завѣщать его представляемому, что совершенно невозможно) и семейственныя отношенія: усыновленіе, еманципація, заключеніе брака.

---

[1]) System. III. §. 113.

[2]). Ea quae civiliter adquiruntur, per eos qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stipulationem; quod naturaliter adquiritur, sicut est possessio, per quemlibet. volentibus nobis possidere adquirimus.

[3]) L. 1. C. per quas pers. nobis adquir. (4, 27): Excepta possesionis causa per liberam personam, quae alterius juris non est subdita, nihil adquiri posse, indubitati juris est.

О представительныхъ отношеніяхъ въ особенности.

§ 53.

Когда [1]) какое-либо дѣйствіе можетъ быть совершено извѣстнымъ лицомъ съ непосредственными или посредственными послѣдствіями для другаго лица, то между лицами дѣйствующимъ и представляемымъ предполагается извѣстное представительное отношеніе.

1) Представительное отношеніе можетъ быть основано на власти представляемаго надъ представителемъ; когда результатъ дѣйствія послѣдняго есть необходимое послѣдствіе власти представляемаго, то согласія перваго на совершеніе дѣйствія вовсе не нужно. Исключеніе представляется лишь для владѣнія (см. §. 130). При отчужденіи и принятіи обязательствъ необходимо имѣть въ виду волю лица владычествующаго, выражающуюся или предварительнымъ, или послѣдующимъ согласіемъ на сдѣлку; кромѣ того въ первомъ случаѣ это согласіе можетъ быть или спеціальнымъ (приказаніе), или общимъ (посредствомъ concessio peculii).

2) Представительное отношеніе существуетъ также между наслѣдникомъ и наслѣдодателемъ; но о немъ будетъ рѣчь въ наслѣдственномъ правѣ.

3) Третій видъ представительныхъ отношеній — представительство юридическихъ лицъ, именно корпорацій. Оно опредѣляется уставомъ (Verfassung) ихъ, при чемъ право представлять корпорацію можетъ принадлежать или одному, или нѣсколькимъ, или даже всѣмъ членамъ его, или наконецъ различнымъ должностнымъ лицамъ. Состоявшееся согласно съ уставомъ корпораціи рѣшеніе представителей считается законною волею юридическаго лица. Приведеніе этой воли въ исполненіе можетъ лежать или на тѣхъ же самыхъ представителяхъ его, постоянныхъ или временныхъ, или на другихъ лицахъ. (Ходатай по процессамъ юридическаго лица называется actor.)

Въ естественномъ представительствѣ корпораціи членами ея необходимо обратить вниманіе на слѣдующее обстоятельство. Такъ такъ въ корпораціи, назначенной для продолжительнаго бытія, наличные въ данное время члены представляютъ собою весьма небольшую часть всѣхъ (считая будущихъ) естественныхъ представителей ея, то эти наличные члены не въ правѣ

---

[1]) Изъ Пандектъ.

дѣлать такихъ распоряженій, которыя могутъ повести къ сокращенію бытія корпораціи или уменьшенію средствъ, необходимыхъ для ея существованія; въ этомъ случаѣ необходимо заступленіе будущихъ членовъ какою-нибудь властью, стоящею надъ корпораціею. Поэтому-то отчужденіе корпораціоннаго недвижимаго имѣнія возможно только съ высочайшаго разрѣшенія (точно также какъ и отчужденіе имущества лицъ, находящихся подъ опекой). Разумность этого правила, по отношенію къ общинамъ, вытекаетъ изъ того положенія, которое онѣ занимаютъ въ государствѣ, изъ ихъ значенія — составныхъ частей государства, на нихъ основаннаго. Тоже самое слѣдуетъ сказать и по поводу церковныхъ общинъ и ихъ отношеній ко всей церкви вообще.

4) Далѣе слѣдуетъ представительство чиновниковъ. Представительныя отношенія могутъ также корениться и на исправленіи лицомъ извѣстной должности; таково напр. законное представительство чиновниковъ юридическаго лица, опекуновъ и управителей, назначаемыхъ государственною властью. Представительство основывается здѣсь не на волѣ лица представляемаго и находится въ зависимости отъ положительнаго закона, опредѣляющаго объемъ правъ и обязанностей представителя. О представительныхъ отношеніяхъ опекуна и опекаемаго см. ниже въ ученіи объ опекѣ.

5) Представительство повѣренныхъ, procuratores (—domini). Это свободнѣйшее представительное отношеніе (оно свободно со стороны представляемаго и представителя, тогда какъ первый изъ четырехъ исчисленныхъ видовъ отношеній свободенъ только со стороны представляемаго, а остальные свободны только со стороны представителя). Оно основано на волѣ dominus'а, на порученіи, довѣренности, или на ратигабиціи (Mandat, Vollmacht oder Ratihabition), и отъ этого уполномоченія зависитъ объемъ правъ представителя.

Довѣренность бываетъ или спеціальною, или общею; но эти два понятія относительны. Къ одной и той же довѣренности могутъ съ различныхъ точекъ зрѣнія примѣняться оба эпитета [1]). Впрочемъ оба понятія весьма часто берутся слиш-

---

[1]) Напр. повѣренный, которому поручено веденіе извѣстнаго процесса, является спеціальнымъ (specialis procurator, сравнительно съ повѣренным, уполномоченнымъ на веденіе всѣхъ тяжбъ или на управленіе всѣмъ имуществомъ извѣстнаго лица; по отношенію же ко всѣмъ отдѣльнымъ процессуальнымъ дѣйствіямъ, входящимъ въ составъ тяжбы и спеціально въ довѣренности не перечисленнымъ, этотъ же повѣренный является procurator generalis. Изъ Пандектъ.

комъ абсолютно; напр. говорятъ, что procurator universalis (omnium bonorum), generalis есть повѣренный по всѣмъ дѣламъ одного извѣстнаго рода, а pr. specialis — уполномоченный къ одному дѣлу. Этотъ послѣдній есть, конечно, proc. specialis по отношенію къ первому; но такъ какъ и одно его дѣло представляется совокупностью различныхъ отдѣльныхъ дѣйствій, то и онъ въ свою очередь можетъ быть названъ proc. generalis.

Чѣмъ спеціальнѣе довѣренность, тѣмъ, естественно, менѣе возможности сомнѣваться въ объемѣ правъ представителя. При толкованіи родовой довѣренности не слѣдуетъ выходить за предѣлы существеннаго содержанія извѣстнаго рода дѣлъ, напр. довѣренность на веденіе тяжбы не уполномочиваетъ на заключеніе мировыхъ сдѣлокъ [1]).

О повѣренномъ, называемомъ procurator omnium bonorum, выработаны слѣдующія правила. Прежде всего необходимо убѣдиться въ томъ, ввѣрено ли ему только охраненіе имущества (custodia), или полное управленіе имъ (administratio). Въ первомъ случаѣ онъ не имѣетъ права отчужденія, если только это послѣднее не необходимо для сохраненія самой вещи; во второмъ же онъ уполномоченъ отчуждать, но не имѣетъ права употреблять управляемое имущество на акты щедрости (Liberalitaet).

Таковъ только впрочемъ общій характеръ довѣренности; примѣненіе же изложенныхъ правилъ къ отдѣльнымъ случаямъ должно обусловливаться ясно выраженнымъ, или съ достовѣрностью предполагаемымъ содержаніемъ довѣренности. Такъ, если повѣренный имѣетъ право отчуждать вообще, то изъ этого вовсе не слѣдуетъ заключать, что онъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ уполномоченъ пользоваться этимъ правомъ.

Въ средніе вѣка для удобнѣйшаго разрѣшенія всѣхъ возникающихъ вопросовъ создали слѣдующую теорію: все зависитъ отъ того, употреблено ли въ довѣренности выраженіе cum libera (sc. administratione), или нѣтъ. Если оно употреблено, то повѣренный можетъ всегда воспользоваться своимъ правомъ отчужденія и dominus не можетъ возражать; если же этого выраженія нѣтъ, то повѣренный въ правѣ отчуждать только при крайней въ томъ необходимости; въ первомъ случаѣ онъ безпрепятственно можетъ заключать мировыя сдѣлки и пр., во второмъ же онъ этого дѣлать не можетъ. Такимъ рѣшеніемъ во-

---

[1]) L. 60. D. de procur. (3, 3); L. 17. §. 3. D. de jurejur. (12, 2).

проса думали согласить по видимому противорѣчащія другъ другу мѣста источниковъ [1]).

Но теорія эта противорѣчитъ какъ римскому праву, такъ и самой сущности дѣла. Истиннымъ ученіемъ будетъ слѣдующее: при употребленіи повѣреннымъ даннаго ему права управленія, все будетъ зависѣть отъ того, снабдилъ ли dominus своего повѣреннаго ограниченною инструкціею, т. е. изъялъ ли онъ изъ власти повѣреннаго нѣсколько такихъ дѣйствій, которыя иначе входили бы въ составъ его дѣятельности по управленію. Если этого сдѣлано не было, то повѣренный имѣетъ libera administratio. Въ этомъ случаѣ къ его правамъ не присоединяется ничего новаго, а лишь видно, что у него никакихъ правъ не отнято. Но и при libera administratio повѣренный находится въ зависимости отъ предполагаемой воли довѣрителя; онъ поэтому обязанъ дѣйствовать такъ, какъ дѣйствовалъ бы этотъ послѣдній. Кромѣ того, если повѣренный преступилъ границы своихъ правъ, то его неправильныя дѣйствія для довѣрителя не обязательны. Поэтому необходимо принять за правило, что повѣренный не долженъ отчуждать имущества своего довѣрителя безъ особенной необходимости; это правило конечно, должно допускать исключенія, когда напр. самъ довѣритель смотритъ на свое имущество какъ на продажный товаръ, какъ на средство получать выгоду путемъ постояннаго обмѣна его на другія цѣнности и тому подобныхъ оборотовъ Поэтому указанный нами принципъ можетъ привести къ разрѣшенію сомнѣнія относительно права отчужденія въ одномъ случаѣ въ пользу этого послѣдняго, въ другомъ противъ него; наше мнѣніе подтверждается и положительнымъ правомъ, которое не представляетъ никакихъ противорѣчій относительно даннаго вопроса.

В. Актъ дѣйствій.

§ 54.

Актомъ [2]) дѣйствій недозволенныхъ является такое дѣяніе или бездѣйствіе, которыми нарушаются чужія права; актъ же или существо юридическихъ сдѣлокъ состоитъ въ такихъ проявленіяхъ воли, вслѣдствіе которыхъ возникаютъ, видоизмѣняются или прекращаются юридическія отношенія. Общее всѣмъ юри-

---

[1]) Сн. L. 58, 59 de procur. (3. 3); L. 17. §. 3. D. de jurejur. (12, 2) и L. 12. D. de pign. act. (13, 7), L. 63 D. de procur. (3, 3).

[2]) Изъ пандектъ.

дическимъ сдѣлкамъ содержаніе состоитъ въ бытіи опредѣленной воли, ея проявленіи и въ согласіи между тѣмъ и другимъ; особое же содержаніе каждой сдѣлки обусловливается особенною цѣлью ея и тѣми постановленіями, которыя изданы для достиженія и охраненія этой особенной цѣли.

Юридическія сдѣлки распадаются на двѣ большія категоріи: на *одностороннія*, содержащія выраженіе воли одного лица, дѣйствующаго самостоятельно, единолично, и на *двусторонния*, въ которыхъ выражается воля нѣсколькихъ, согласно дѣйствующихъ, лицъ. Двусторонния сдѣлки называются *договорами* (Vertraege). Весьма часто понятіе договора произвольно съуживалось и относилось къ однимъ обязательствамъ. Послѣдствіемъ этого было то, что и всѣ договоры стали обсуждать по началамъ обязательственнаго права (даже брачный договоръ). Въ дѣйствительности же договоръ есть самая общая форма юридическихъ сдѣлокъ; договоромъ будетъ всякая сдѣлка, состоящая въ выраженіи согласной воли двухъ или нѣсколькихъ лицъ, направленной на созданіе новаго или на измѣненіе прежняго юридическаго отношенія (все равно, будетъ ли предметомъ такого юридическаго отношенія вещное, обязательственное, или семейственное право).

1. Воля.

А. Вліяніе мотивовъ.

§ 55.

Такъ какъ [1]) всякое дѣйствіе предполагаетъ направленіе воли лица на объэктъ, то, по общему правилу, юридическое значеніе имѣетъ только бытіе этой воли, самый же процессъ появленія того или другаго намѣренія лица, мотивы, вызвавшіе это намѣреніе, лишены всякаго значенія при юридическомъ обсужденіи дѣйствія. Юридически важно присутствіе воли, а не мотивъ ея, имѣющій значеніе лишь при обсужденіи дѣянія съ точки зрѣнія нравственности. Необходимо однако указать слѣдующія отступленія отъ этого правила: 1) въ недозволенныхъ дѣйствіяхъ должна быть всегда на лицо беззаконная воля, dolus и culpa; dolus не есть простое намѣреніе обмануть, а воля, сознательно направленная на беззаконіе; мотивъ, могущій иногда побуждать человѣка дѣйствовать пови-

---

[1]) Изъ Пандектъ.

димому dolose, мотивъ иногда въ сущности извинительный и даже похвальный, исключаетъ возможность считать дѣйствіе лица, совершенное подъ вліяніемъ такого мотива, за dolus или culpa. 2) Мотивъ юридическихъ сдѣлокъ дозволенныхъ принимается въ разсчетъ лишь настолько, насколько имъ опредѣляется содержаніе сдѣлки (напр. отдача чего-либо ob causam futuram), а не насколько онъ побудилъ къ ея заключенію. Но и тутъ представляются исключенія для сдѣлокъ, совершенныхъ подъ вліяніемъ страха, а иногда и невѣдѣнія и заблужденія.

Страхъ.

§ 56.

Лицо весьма легко можетъ рѣшиться на что-нибудь и даже привести свое рѣшеніе въ исполненіе, находясь подъ вліяніемъ страха. Не будь этого вліянія, лицо это не совершило бы извѣстнаго дѣйствія, однако послѣднее произошло по его волѣ, самый актъ есть дѣйствительное ея проявленіе; хотя намѣреніе лица совершить извѣстную сдѣлку возникло подъ вліяніемъ опасенія какого-нибудь угрожающаго бѣдствія, но поэтому самому дѣйствіе, которымъ это намѣреніе осуществилось, выражаетъ собою собственную волю лица. Хотя такія дѣйствія и называли несвободными, но необходимо помнить, что это выраженіе совершенно не подходящее. Логическимъ послѣдствіемъ такого факта является дѣйствіе несомнѣнно существующее какъ фактически, такъ и юридически, а потому нельзя сказать, что это дѣйствіе ничтожно [1]).

Указанное правило настолько просто и разумно, что нѣтъ никакой нужды отыскивать для него какія-либо особыя историческія основанія, подобно Мюленбруху, который объясняетъ его вліяніемъ на римскихъ юристовъ слѣдующаго правила стоической философіи: никто не долженъ подчиняться въ своихъ рѣшеніяхъ принужденію или страху. Было время, когда объясненіе права такимъ внѣшнимъ воздѣйствіемъ считалось историческимъ его изученіемъ,—время такъ называемой элегантной юриспруденціи, царствовавшей въ прошломъ столѣтіи. Указываемая причина возникновенія упомянутаго правила о дѣйствительности сдѣлокъ, заключенныхъ правоспособнымъ лицомъ, хотя бы и подъ вліяніемъ страха, представляется, по нашему мнѣнію, сомнительною уже потому, что если даже и

---

[1]) L. 21. §. 5. D. quod metus (4,2).

предположить, что оно было установлено въ первый разъ древними юристами, то придется заключить, что Римляне должны были быть природными философами — стоиками. Но это правило представляется еще болѣе сомнительнымъ, благодаря вытекающему изъ него положенію, будто вовсе не слѣдуетъ обращать вниманія на страхъ и принужденіе, такъ какъ это —слабости недостойныя мужчины; подобнаго вывода мы вовсе не встрѣчаемъ въ римскомъ правѣ.

Хотя вынужденное страхомъ дѣйствіе не можетъ быть названо ничтожнымъ, однако совершившій его имѣетъ, при извѣстныхъ условіяхъ, право на возмѣщеніе всѣхъ тѣхъ убытковъ, которые онъ отъ этого дѣйствія потерпѣлъ и кромѣ того право оспаривать дѣйствительность самой сдѣлки; не признать за нимъ этихъ правъ было бы contra bonos mores. Средствами, которыми онъ можетъ добиваться возстановленія прежняго порядка вещей, служатъ по римскому праву: in integrum restitutio и особые иски и возраженія—actio, quod metus causa, exceptio metus (см. ниже § 385). Объемъ упомянутаго права оспаривать актъ, совершенный подъ вліяніемъ страха, будетъ зависѣть отъ значенія самаго акта, что технически выражается такъ: metus causam dans—incidens. (Если вся сдѣлка вызвана страхомъ, то она можетъ быть оспариваема въ цѣломъ объемѣ—metus causam dans; если подъ вліяніемъ страха возникъ лишь какой-нибудь второстепенный элементъ сдѣлки, то оспариванію подлежитъ только эта часть ея—metus incidens).

Но для наступленія указанныхъ юридическихъ послѣдствій необходимы слѣдующія условія: 1) Угроза должна быть дѣйствительною и легко осуществимою—metus praesens, non suspicio inferendi jus [1]). Пустой, безпричинный страхъ не принимается въ разсчетъ. Поэтому не обращаютъ вниманія на такъ называемый metus reverentialis.

2) Угроза должна быть противозаконною.

3) Угроза должна быть такого рода, чтобы вызванная ею боязнь угрожающаго бѣдствія не давала возможности обвинять угрожаемое лицо въ недостойной трусости и разстроенномъ воображеніи, metus justus—qui in constantem virum cadere potest; при чемъ слѣдуетъ обращать вниманіе на особенности пола и возраста (но не на личныя особенности отдѣльныхъ индивидуумовъ).

4) Юридическая защита должна простираться не противъ одного принудителя, такъ что возможны иски и возраженія про-

---

[1]) L 9 pr. D. quod metus (4,2).

тивъ третьихъ лицъ, но необходимо однако, чтобы эти послѣднія или знали объ угрозахъ и принужденіи, или извлекли изъ оспариваемаго дѣйствія для себя какую-нибудь выгоду.

Ошибочныя воззрѣнія: прежде не рѣдко считали сдѣлку, совершенную подъ вліяніемъ страха, совершенно ничтожною; ошибочность этого взгляда признана теперь всѣми, хотя нѣкоторые юристы все еще стремятся установить нѣсколько исключительныхъ случаевъ (путемъ особыхъ узаконеній), въ которыхъ принужденіе дѣлаетъ сдѣлку ничтожною:

1) При bonae fidei contractus. Такое исключеніе представляется нашъ весьма страннымъ въ виду того, что основаніе дѣйствительности сдѣлки ipso jure не находится ни въ какой связи съ различіемъ между bonae fidei и strictum judicium. Основано это исключеніе на ложномъ пониманіи L. 116. D de R. J. (50, 17) [1]). Принужденіе вполнѣ противно понятію bona fides; приказаніе судьѣ обратить на него вниманіе и безъ того заключается въ формулѣ ex fide bona, такъ что къ ней не за чѣмъ присоединять особую эксцепцію. Только въ этомъ смыслѣ принужденіе и имѣетъ значеніе ipso jure. Это подтверждается даже другимъ мѣстомъ [2]), въ которомъ юристъ идетъ дальше, чѣмъ это было бы собственно нужно при bonae fidei negotia, именно, отрицая искъ по договору и ошибочно указывая на actio quod metus (слова et ideo и проч. могутъ быть понимаемы такъ: а потому возможенъ и преторскій искъ).

2) При завѣщаніяхъ; ошибочность здѣсь признана рѣшительно всѣми; см. въ наслѣдственномъ правѣ.

3) При обѣщаніи приданаго. Въ томъ мѣстѣ источниковъ, на которое обыкновенно ссылаются [3]), высказано только, что обѣщаніе приданаго, вынужденное страхомъ, не есть установленіе приданаго со всѣми его послѣдствіями потому, что оно недѣйствительно. Но какимъ образомъ проявляется эта недѣйствительность, цитированное положеніе объ этомъ умалчиваетъ, да притомъ оно и не имѣетъ никакого значенія для рѣшенія занимающаго насъ вопроса.

4) При договорѣ товарищества (sociectas). Въ нѣкоторыхъ

---

[1]) Nihil consensui tam contrarium est, qui ac bonae fidei judicia sustinet, quam vis ac metus, quem comprobare contra bonos mores est.

[2]) L. 21. §. 4. D. quod metus (4,2): si metu coactus sim ab emtione, locatione discedere, videndum est, an nihil sit acti et antiqua obligatio remaneat, an hoc simile sit acceptilationi, quia nulla ex bonae fidei obligatione possimus niti, cum finita sit, dum amittitur? Et magis est, ut similis species acceptilatione sit et ideo praetoria actio nascitur.

[3]) L. 21. §. 3. eod.: Si dos metu promissa sit, non puto nasci obligationem, quia est verissimum, nec talem promissionem dotis ullam esse.

мѣстахъ источниковъ [1]) сказано, что товарищество, въ которомъ одинъ товарищъ дѣйствуетъ обманомъ въ ущербъ другаго, вовсе и не есть товарищество, ipso jure nullius momenti. Существеннымъ условіемъ товарищества служитъ справедливая пропорціональность: invicem se circumscribere не допускается, равно какъ и нельзя признавать, безъ наличности dolus, различныя преимущества за однимъ изъ товарищей въ ущербъ другимъ. Всѣ эти правила римскаго законодательства стали ошибочно относить и къ принужденію, хотя въ первомъ случаѣ рѣчь идетъ объ обстоятельствѣ, несогласномъ съ сущностью товарищества, въ вопросѣ же о принужденіи можно говорить лишь о неправильномъ заключеніи договора societas, не представляющемъ, по самой природѣ этого договора, ничего отличнаго отъ заключенія другихъ договоровъ.

5) При tutoris auctoritas. Это исключеніе возникло вслѣдствіе непростительнаго непониманія L. 1. §. 1. D. de auctor. (26,8), гдѣ говорится только о вынужденномъ присутствіи опекуна при совершеніи сдѣлки.

6) При отпущеніи на волю [2]). Законъ, на который ссылаются въ данномъ случаѣ, гласитъ только, что вынужденное отпущеніе недѣйствительно: ille servus liber non erit, qui coëgerit etc; о видѣ недѣйствительности нѣтъ ни слова (когда господинъ не оспоритъ факта отпущенія, то рабъ остается свободнымъ).

Заблужденіе и невѣдѣніе.

§ 57.

Общее правило, что на мотивы дѣйствія или бездѣйствія не слѣдуетъ обращать вниманія, что юридическое обсужденіе факта опредѣляется однимъ его существованіемъ, безъ изслѣдованія причинъ этого существованія, относится не только къ страху, но и къ заблужденію и невѣдѣнію (error et ignorantia). Поэтому сдѣлка, основанная на какой-нибудь ошибкѣ, не должна считаться ничтожною. Но такъ какъ лицо можетъ хотѣть только того, что ему извѣстно, то вслѣдствіе ошибки въ нѣкоторыхъ случаяхъ невозможно признаніе бытія воли, а вмѣстѣ съ тѣмъ и самой юридической сдѣлки. Сюда относит-

---

1) L. 3. §. 3. D. pro soc. (17. 9); L. 16. §. 1. D. de minor. (4,4).

2) L. 9. pr. D. qui et a quib. man. (40, 9): Ille servus liber non erit, qui coëgerit, ut dominus eum manumittat, et ille perterritus se ipsit, liberum eum esse.

ся случай, когда заблужденіе препятствуетъ признанію народнаго убѣжденія (§ 13), затѣмъ вопросъ о томъ, можетъ ли дѣйствіе считаться молчаливымъ выраженіемъ воли, напр. оставленіе сдѣлки безъ протеста можетъ ли считаться согласіемъ на нее; этому, въ нѣкоторыхъ случаяхъ весьма удовлетворительному, толкованію молчанія можетъ противостоять заблужденіе или невѣдѣніе; въ такомъ смыслѣ и употребляется выраженіе errantis nulla voluntas [1]). Мотивомъ исключающимъ дѣйствительность сдѣлки является не само заблужденіе, а отсутствіе воли, сопровождаемое заблужденіемъ, возможное даже въ томъ случаѣ, когда нѣтъ никакой ошибки, и также обусловливающее ничтожность сдѣлки. Тоже самое должно сказать и о томъ случаѣ, когда заблужденіе порождаетъ несогласіе, несоотвѣтствіе воли договаривающихся лицъ (§ 65). Правило, что наличность ошибки не имѣетъ никакого значенія для бытія юридическихъ сдѣлокъ, представляетъ нѣкоторыя исключенія по отношенію къ завѣщаніямъ и принятію наслѣдства, о которыхъ см. въ наслѣдственномъ правѣ (§ 462, 472, 497). Ошибка въ сдѣлкѣ не имѣетъ значенія не только для бытія, но и для юридическаго ея обсужденія. Изъ этого общаго правила слѣдуетъ однако сдѣлать два рода исключеній.

1) Всѣ тѣ случаи, въ которыхъ свойства ошибокъ не имѣютъ никакого значенія, когда напр. съ сознаніемъ противозаконности извѣстнаго положенія, mala fides, и съ противозаконнымъ умысломъ, dolus, сопряжены особыя невыгоды. Сдѣлки съ такого рода послѣдствіями недѣйствительны, когда лицо, по невѣдѣнію даннаго юридическаго отношенія, не считало извѣстное положеніе противозаконнымъ или не понимало преступности своего образа дѣйствій. Отсутствіе недобросовѣстности и обмана прямо обусловливается ошибкой, какого бы свойства эта послѣдняя ни была. Если даже ошибка сама по себѣ предосудительна, то все таки нельзя сказать, что лицо, впавшее въ заблужденіе, находилось in mala fide или in dolo, такъ какъ наибольшая его вина—culpa lata. Обыкновенно не допускается лишь объясненіе ошибки незнаніемъ запрещенія закона.

Далѣе, когда ошибка лица вызвана противозаконнымъ обманомъ его другимъ лицомъ, или употреблена этимъ послѣднимъ во зло, вслѣдствіе чего лицо, сдѣлавшее ошибку, потерпѣло ущербъ, то ему дается судебная защита—предоставленіемъ права иска или возраженія. Такое умышленное, противозаконное

---

[1]) См. L. 20. D. de aqua pluv. (39, 3); L. 8. 9. C. de jur. et. f. ignor. (1, 18) и др.

введеніе кого-либо въ заблужденіе, или злоупотребленіе чужою ошибкою называется обманомъ, dolus malus (въ отличіе отъ dolus bonus, обмана безъ злаго умысла). Хотя обманъ не мыслимъ безъ ошибки, но не ошибка служитъ причиной судебной защиты противъ обмана, а лишь противозаконное дѣйствіе обманщика, почему свойство самой ошибки также лишено всякаго значенія.

2) Исключенія, допускаемыя ради извинительныхъ только ошибокъ. Сюда относится bona fides, какъ основаніе нѣкоторыхъ видовъ пріобрѣтенія (давности, пріобрѣтенія плодовъ) Подъ именемъ bona fides разумѣется убѣжденіе лица въ правомѣрности того положенія, въ которомъ оно находится; убѣжденіе это можетъ быть основано на ошибочныхъ данныхъ, вслѣдствіе чего извиняется ошибка лица, вытекшая изъ этого убѣжденія; bona fides слѣдуетъ отличать отъ простаго отсутствія недобросовѣстности (mala f.), такъ какъ и это послѣднее носитъ иногда тоже названіе, хотя не имѣетъ никакого положительнаго содержанія, а представляетъ лишь отсутствіе сознанія неправды. Невѣдѣніе какого-нибудь обстоятельства служитъ основаніемъ condictio indebiti, эдильскихъ исковъ. Но и здѣсь не принимается въ разсчетъ невѣдѣніе, само по себѣ предосудительное.

Тоже самое должно сказать и по отношенію къ путативному браку [1]), къ изъятію по S. C. Macedonianum (незнаніе того, что извѣстное лицо есть filius familias) и по S. C. Vellejanum (незнаніе того, что женщина принимаетъ на себя интерцессію).

Относительно нѣкоторыхъ видовъ давности постановлено, что теченіе ея пріостанавливается для лицъ невѣдущихъ, но и въ этомъ случаѣ заблужденіе должно быть извинительное напр. при пріобрѣтеніи вслѣдствіе давности bonorum possessio, при beneficium inventarii и т. д.

Кромѣ всѣхъ этихъ случаевъ, при упущеніяхъ, происшедшихъ вслѣдствіе заблужденія, можетъ примѣняться in integrum restitutio, опять таки подъ вышеуказаннымъ условіемъ извинительности ошибки. И такъ, во всей второй категоріи исключеній прежде всего спрашивается: извинительно ли заблужденіе (justus, probabilis error) или нѣтъ. На разрѣшеніе этого вопроса имѣетъ громаднѣйшее вліяніе предметъ ошибки: ошиблось ли лицо относительно закона, или относительно факта, error juris, error facti; напр. нѣкто можетъ думать, что онъ не наслѣдникъ: 1) вслѣдстніе незнанія о смерти своего род-

---

[1]) L. 4. C. de incest. nupt. (5, 5); L. 57. §. 1. D. de R. N. (23, 2).
Прим. изд.

ственника, 2) вслѣдствіе предположенія, что по закону преимущество въ наслѣдованіи имѣетъ другое лицо.

1) Заблужденіе относительно закона не извинительно; оно влечетъ за собой извѣстныя невыгоды для лица, сдѣлавшаго ошибку, не предоставляя ему тѣхъ преимуществъ, которыя влечетъ за собой ошибка извинительная. Отъ всякаго лица должно требовать знанія законовъ въ той мѣрѣ, въ какой они ему бываютъ нужны въ жизни; незнаніе ихъ восполняется возможностью справиться въ сводахъ по поводу каждаго отдѣльнаго случая; не простительна небрежность того, который не воспользовался этою возможностью и вслѣдствіе этого потерпѣлъ убытки.

Исключенія:

a) Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, когда послѣдствіемъ ошибки могла бы быть потеря права собственности, за лицомъ, впавшимъ въ заблужденіе, необходимо признать право ссылаться на ошибку, для того чтобы избавить его отъ убытка, еще окончательно не причиненнаго. Сюда относятся: indebite данное обѣщаніе и признаніе кого-нибудь сонаслѣдникомъ [1]). Нѣкоторые ученые вполнѣ ошибочно полагали, что этимъ исключеніемъ вполнѣ отмѣняется самое правило объ отличіи ошибки въ правѣ отъ ошибки въ фактѣ.

b) Нѣкоторымъ лицамъ прощается въ извѣстныхъ случаяхъ ошибка относительно закона (jus ignorare permissum est): женщинамъ, людямъ, въ силу своего общественнаго положенія принадлежащимъ къ разряду необразованныхъ, и солдатамъ, при томъ только въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) при совершеніи такихъ дѣйствій, которыя запрещаются не естественнымъ чувствомъ человѣка, а положительнымъ закономъ; эти дѣйствія извиняются всѣмъ поименованнымъ лицамъ; 2) при пропускѣ срока, назначеннаго для пріобрѣтенія наслѣдства; это преимущество принадлежитъ только послѣднимъ двумъ категоріямъ лицъ и положительно отнято у женщинъ; 3) при платежѣ долга, принятаго на себя лицомъ contra S. C. Vellejanum; это конечно относится только къ женщинамъ; 4) при принятіи недостаточнаго поручительства, у женщинъ.

Гораздо болѣе извиняется незнаніе законовъ несовершеннолѣтнимъ, что обусловливается установленною для этихъ лицъ всеобщею in integrum restitutio propter aetatem, предоставленною имъ въ случаѣ убытковъ, происшедшихъ какъ отъ незнанія законовъ, такъ и вообще отъ всякаго рода невѣдѣнія и

---

[1]) Къ этимъ двумъ случаямъ слѣдуетъ примѣнять общія правила, высказанныя въ L. 1 pr. D. ut in poss. leg (36. 4), L. 79. D. de leg. II. (31), ср L. 7. 8. D. de jur. et f. ign. (22, 6) и прим. III.

легкомыслія. Означенное преимущество несовершеннолѣтнихъ ограничивается впрочемъ исключительно областью этой in integrum restitutio; поэтому необходимо отвергнуть мнѣніе, будто error juris извиняется несовершеннолѣтнимъ при давности (usucapio) и при пріобрѣтеніи плодовъ [1]).

c) Нѣкоторые законы по самому характеру своему весьма легко могутъ быть неизвѣстны большинству, вслѣдствіе чего и ошибка относительно ихъ представляется извинительною. Таковы всѣ законы, основанные на произволѣ законодателя и потому само собой не предполагаемые, далѣе—законы не достаточно обнародованные, вслѣдствіе чего невѣдѣніе ихъ также представляется извинительнымъ; кромѣ того сюда же относятся чужое право, мѣстныя права дальнихъ областей, наконецъ спорные законы; никому нельзя вмѣнить въ вину ошибку относительно истиннаго смысла закона, когда сами юристы сомнѣваются въ немъ.

d) Наконецъ извиняется такого рода error juris, который состоитъ лишь въ неудачномъ примѣненіи закона къ данному случаю, такъ какъ правильность примѣненія обусловливается особой наукой или искусствомъ, которыя не могутъ быть достояніемъ всякаго. Напр. кто-нибудь при condictio indebiti считаетъ себя должникомъ, не смотря на то, что ему извѣстна возможность освобожденія отъ долга, вслѣдствіе удовлетворенія кредитора другимъ лицомъ; но обстоятельства могли для должника сложиться такъ, что у него существовало сомнѣніе въ возможности такого освобожденія въ данномъ именно случаѣ.

Error juris, при неопредѣленности самаго закона или же его примѣненія, упомянутыхъ въ двухъ послѣднихъ пунктахъ, извиняется подъ однимъ еще условіемъ, а именно, чтобы лицо, впавшее въ ошибку, не имѣло прежде возможности познакомиться съ законами [2]).

---

[1]) Мнѣніе это раздѣляетъ напр. Савиньи, System, III, стр. 431.

[2] L. 9. §. 3. D. de jur. et f. ign. (22, 6): Sed juris ignorantiam non prodesse. Labeo ita accipiendum existimat, si jurisconsulti copiam haberet vel sua prudentia instructus sit, ut cui facile sit scire, ei detrimento sit juris ignorantia, quod raro accipiendum est. Слова quod raro accipiendum est не относятся къ предложенію ut cui facile etc., а къ мнѣнію Лабеона вообще, который въ своемъ извиненіи, повидимому, заходитъ слишкомъ далеко. Мысль юриста такова: не слѣдуетъ начинать съ правила, что ошибка относительно закона, сдѣланная лицомъ свѣдущимъ въ законахъ, или имѣвшимъ возможность познакомиться съ ними, неизвинительна; такъ, казалось, говорилъ Лабеонъ (и нѣкоторые новѣйшіе юристы); если бы это было такъ, неизвинительность ошибки являлась бы весьма рѣдкимъ исключеніемъ. Напротивъ, принятіе ошибки въ разсчетъ представляется исключеніемъ болѣе рѣдкимъ, такъ какъ

Ошибки въ фактѣ вообще извинительны; но и это правило допускаетъ исключенія для тѣхъ случаевъ, когда ошибка прямо произошла вслѣдствіе необдуманности и крайней небрежности, напр. по отношенію къ самому простому, общеизвѣстному факту. Не извиняется, по общему правилу, и error facti proprii. Глупость лица не должна доставлять ему преимущества.

В. Содержаніе юридическихъ сдѣлокъ.

§ 58 [1]).

Воля дѣйствующаго лица опредѣляетъ содержаніе юридической сдѣлки. Содержаніе это можетъ быть существеннымъ, необходимымъ для бытія сдѣлки, такъ что воля лица, несоотвѣтствующая этому содержанію, можетъ уничтожить или измѣнить самую сдѣлку (такъ наз. essentialia negotii). Кромѣ того съ извѣстною юридическою сдѣлкою можетъ быть связано нѣкоторое, хотя и несущественное содержаніе (такъ наз. naturalia negotii); оба эти вида содержанія сдѣлокъ представляютъ ту общую черту, что они неразрывно связаны съ бытіемъ юридической сдѣлки и разумѣются сами собой, безъ особаго выраженія воли; но naturalia negotii отличаются отъ существеннаго содержанія тѣмъ, что допускаютъ полный просторъ воли лица и произвольныя измѣненія безъ опасности для бытія самой юридической сдѣлки. Наконецъ, сдѣлка можетъ имѣть случайное, основанное на особомъ распоряженіи контрагентовъ, содержаніе, которое не только не существенно, но даже и не предполагается (такъ наз. accidentalia negotii).

Опредѣленія (Bestimmungen) юридической сдѣлки, образующія собою ея содержаніе, представляются частью главными, нормирующими самую цѣль сдѣлки, частью второстепенными, побочными, измѣняющими или охраняющими бытіе, дѣйствіе, характеръ главныхъ опредѣленій сдѣлки. Изъ этихъ второстепенныхъ опредѣленій юридическихъ сдѣлокъ особенно слѣдуетъ замѣтить: условія, опредѣленія времени (сроки) и modus; всѣ остальные виды побочныхъ опредѣленій сдѣлки разумѣются подъ однимъ общимъ именемъ clausulae.

нельзя часто предположить, чтобы кто-нибудь могъ безъ своей вины не знать закона (такъ какъ всякій обязанъ знать законъ на столько, на сколько это ему необходимо въ жизни), и что кромѣ того не имѣлъ возможности познакомиться съ законами, когда сомнѣвался относительно ихъ примѣненія.

[1]) Изъ Пандектъ.

Условія [1]).

§ 59.

Терминъ условіе, conditio, употребляется въ обширномъ и въ тѣсномъ смыслѣ, такъ что есть множество ступеней условій. Условіемъ называется:

1) Все, само собой предполагающееся въ сдѣлкѣ (Voraussetzung); сюда относятся juris conditiones, юридическія предположенія, conditiones tacitae, напр. при назначеніи приданаго предполагается вступленіе въ бракъ. По своимъ послѣдствіямъ эти предположенія сходны съ условіями въ собственномъ смыслѣ, однако отнюдь не слѣдуетъ примѣнять къ нимъ теоретическихъ правилъ объ обратной ихъ силѣ (Retrotraction).

2) Предположенія, дѣлаемыя намѣренно, facti conditiones; это—условія въ истинномъ смыслѣ слова.

3) Предположенія, отъ которыхъ вполнѣ или отчасти поставляется въ зависимость бытіе юридической сдѣлки или ея объэкта. Ими исключается возможность другихъ побочныхъ опредѣленій, именно modus'а. Въ этомъ смыслѣ условія подраздѣляются на conditiones in praeteritum, praesens, futurum conceptae.

4) Истиннымъ условіемъ является только conditio in futurum concepta, т. е. когда значеніе условія получаетъ какое-либо будущее обстоятельство.

5) Для дѣйствительной наличности условія необходима неизвѣстность условнаго обстоятельства. Условіемъ не можетъ быть постановлено ни такое обстоятельство, которое необходимо наступитъ, conditio necessaria, ни такое, которое навѣрно не наступитъ, conditio impossibilis. Условіемъ можетъ быть назначено какъ наступленіе, такъ и ненаступленіе какого-либо обстоятельства, при чемъ для обоихъ случаевъ необходима неизвѣстность наступленія условнаго событія. Впрочемъ неизвѣстность эта не предполагаетъ непремѣнно случайности событія; на этомъ основывается дѣленіе условій на conditiones casuales, potestativae, mixtae [2])

---

[1]) Въ учебникѣ условіе опредѣляется слѣдующимъ образомъ: conditio есть предположеніе будущаго неизвѣстнаго обстоятельства, въ зависимость отъ котораго воля дѣйствующаго лица поставляетъ бытіе юридической сдѣлки и ея содержаніе, вполнѣ или только отчасти.

[2]) L. un. §. 7. C. de cad. toll. (6, 51).

Случайнымъ условіемъ называется такое, наступленіе котораго нисколько не зависитъ отъ того лица, для котораго оно установлено, при чемъ вполнѣ безразлично, будетъ ли оно независимо отъ человѣческой воли вообще (напр. если въ будущемъ году будетъ урожай, если я не пострадаю отъ градобитія), или же будетъ зависѣть отъ воли третьяго лица (напр. если *A.* продастъ свою землю). Если для наступленія условія необходимо (положительное или отрицательное) дѣйствіе того лица, для котораго оно установлено и такимъ образомъ само условіе прямо поставлено въ зависимость отъ его воли, то оно будетъ *потестативнымъ* условіемъ, conditio quae in potestate ejus est (напр. si volueris, если ты не откажешься жениться на такой-то особѣ). Но если съ такимъ потестативнымъ условіемъ будетъ связано еще какое-нибудь случайное событіе, то условіе называется mixta или promiscua.

Провести вообще грань между двумя послѣдними видами условій трудно, даже невозможно. Только отрицательное условіе абсолютно можетъ мыслиться зависящимъ отъ одной нашей воли (напр. если ты не женишься на такой-то особѣ). Всякое положительное условіе абсолютно подвержено случайности, даже напр. условіе si volueris (см. выше второй примѣръ), такъ какъ исполняющій его можетъ сойти съ ума, или si capitolium ascenderis, такъ какъ къ этому можетъ встрѣтиться препятствіе со стороны внѣшней власти. Поэтому-то нѣкоторые римскіе юристы называли этотъ видъ условій promiscua conditio, причисляя къ нимъ и потестативныя условія. При различіи этихъ двухъ видовъ условій, весь вопросъ сводится къ тому, придало ли лицо, установившее условіе, преимущественное значеніе волѣ исполнителя, вслѣдствіе чего исполненіе слѣдуетъ считать зависящимъ какъ бы отъ нея одной, или же оно признавало за самымъ фактомъ исполненія по меньшей мѣрѣ одинаковую важность, какъ и за волею исполнителя.

Исполненіе условія [1]).

§ 60.

Условіе считается выполненнымъ, когда совершилось то, что должно было совершиться, согласно волѣ лица, установившаго

---

[1]) Условная сдѣлка находится въ неопредѣленномъ состояніи до разрѣшенія условія (conditione pendente); это разрѣшеніе является или исполненіемъ, наступленіемъ условія (conditio existit, impletur), или не наступленіемъ, неисполненіемъ его (conditio deficit). Изъ Пандектъ.

условіе (Disponent). При положительномъ условіи такимъ исполненіемъ будетъ наступленіе извѣстнаго положительнаго обстоятельства, при отрицательномъ—ненаступленіе того, что поставлялось въ условіе. Отрицательное условіе считается выполненнымъ только тогда, когда условное обстоятельство не можетъ наступить вовсе, или не можетъ наступить такимъ именно образомъ, какъ это было установлено. Укажемъ здѣсь нѣсколько основныхъ правилъ, по которымъ слѣдуетъ обсуждать исполненіе условій.

1) Все, касающееся выполненія условія, есть quaestio facti, при чемъ слѣдуетъ обращать вниманіе не на слова, а на волю диспонента; когда напр. условіемъ поставлено, чтобы лицо умерло бездѣтнымъ, то здѣсь слѣдуетъ разумѣть лишь отсутствіе дѣтей родныхъ, а не усыновленныхъ.

2) Потестативное условіе должно быть выполнено, какъ только это становится возможнымъ, иначе оно считается неисполненнымъ.

3) Если условіе поставлено въ зависимость только отъ одной доброй воли лица, то его слѣдуетъ считать выполненнымъ уже въ томъ случаѣ, когда со стороны этого лица не представляется ничего такого, что уничтожало бы возможность исполненія, хотя бы это послѣднее сдѣлалось немыслимымъ вслѣдствіе какого-нибудь случайнаго обстоятельства. Но это правило не можетъ быть примѣнено къ такому условію, для исполненія котораго требуется какое-либо положительное дѣйствіе; въ этомъ случаѣ скорѣе слѣдуетъ признать необходимымъ дѣйствительное наступленіе того послѣдствія, которое имѣлъ въ виду диспонентъ, до тѣхъ поръ пока не будетъ доказано противоположное намѣреніе [1]); условіемъ напр. назначено, чтобы

---

[1]) L. 54. §. 2. D. de leg. I. (30): Sed et si servi mors impedisset manumissionem, cum tibi legatum esset, si eum manumisisses, nihilominus debetur tibi legatum, quia per te non stetit, quominus perveniat ad libertatem. L. 23. § 2. ad l. Aquil. (9, 2): Iulianus scribit, si institutus fuero sub conditione: si Stichum manumisero, et Stichus sit occisus post mortem testatoris, in aestimationem etiam hereditatis pretium me consecuturum, propter occisionem enim defecit conditio. Quod si vivo testatore occisus sit, hereditatis aestimationem cessare, quia r e t r o r s u m quanti plurimi fuit, inspicitur. Во второй цитатѣ признается недѣйствительность назначенія наслѣдника, въ первой же, повидимому въ тождественномъ случаѣ, она не признается. Въ чемъ же здѣсь различіе? Можно было бы думать, что оно заключается въ предположеніи, высказанномъ словами первой цитаты, quia per te non stetit etc., во второмъ же случаѣ вина лица, связаннаго условіемъ, состоитъ какъ бы въ проволочкѣ. Но противъ такого взгляда необходимо сказать, 1) что ничего такого въ цитатахъ не говорится и 2) что даже упоминается о случаѣ убійства раба до смерти завѣщателя, когда естественно не могло быть и рѣчи о проволочкѣ. Хотя во второй цитатѣ и отвергается aestimatio оставша-

A женился на *B*, но эта послѣдняя умираетъ до свадьбы; если бы диспонентъ имѣлъ въ виду одну добрую волю *A*, то условіе въ этомъ случаѣ слѣдовало бы считать исполненнымъ; но здѣсь необходимо признать, что диспонентъ требовалъ дѣйствительнаго исполненія, т. е. заключенія брака, а потому условіе слѣдуетъ считать ненаступившимъ.

4) Доказывать исполненіе условія лежитъ на обязанности того, кто на этомъ исполненіи основываетъ какія-либо права. Если же не можетъ быть доказано лишь одно какое-нибудь побочное обстоятельство, сопровождающее наступленіе условія и вслѣдствіе этого самый вопросъ о наступленіи или ненаступленіи условія является спорнымъ, то въ завѣщательныхъ распоряженіяхъ слѣдуетъ признавать benignior sententia и рѣшать вопросъ въ пользу исполненія; напр. условіемъ поставлено, чтобы первенецъ отъ брака былъ мальчикомъ; между тѣмъ родятся два близнеца разнаго пола и нѣтъ возможности опредѣлить, который изъ нихъ родился прежде.

5) Когда диспонентъ назначеніемъ извѣстнаго условія предоставилъ нѣкоторыя выгоды третьему лицу, а между тѣмъ это послѣднее препятствуетъ наступленію условія, то такое дѣйствіе его должно считаться отказомъ отъ предстоявшихъ ему выгодъ, равносильнымъ самому полученію ихъ, а потому и условіе слѣдуетъ признать исполненнымъ.

6) Когда извѣстное лицо, на которое подъ условіемъ возложено то или другое обязательство, само намѣренно препятствуетъ наступленію условія, то это послѣднее можетъ считаться не наступившимъ, напр. когда довѣритель не ратигабируетъ сдѣлки, а повѣренный склоняетъ его къ ратигабиціи. Если же такое противодѣйствіе обязаннаго условіемъ лица не имѣлось въ виду, то условіе признается фиктивно исполненнымъ [1]).

гося наслѣдства, но не потому, чтобы въ данномъ случаѣ не утрачивалось право наслѣдованія, а потому, что самой aestimatio противорѣчатъ основныя правила Аквиліева закона. Итакъ обѣ цитаты не противорѣчатъ другъ другу, а лишь взаимно восполняются; вся разница между ними заключается въ намѣреніи наслѣдодателя.

[1]) L. 161. D. de R. I. (50, 17): In jure civili receptum est, quoties per eum, cujus interest, conditionem non impleri, fiat quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset, quod ad libertatem et legata et ad heredum institutiones perducitur. Quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator conditioni pareret. Ulpian). Могло бы казаться, что, благодаря дополненію per promissorem factum est и пр., сюда же относится и L. 24. D. de cond. (35, 1): jure civili receptum est, quoties per eum, cujus interest, conditionem impleri, fit quo minus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta conditio fuisset.

Напр. довѣренный, заключая сдѣлку, обязывается отвѣтствовать по ней отъ своего лица, если довѣритель не ратигабируетъ ея. Въ этомъ случаѣ воздѣйствіе повѣреннаго на довѣрителя прямо принято въ разсчетъ, а потому нельзя считать условіе наступившимъ, если довѣритель, первоначально отказавшійся отъ ратигабиціи, впослѣдствіи, благодаря убѣжденію повѣреннаго, все-таки ратигабируетъ сдѣлку [1]).

7) Невозможность исполненія условія обусловливаетъ признаніе его ненаступившимъ. Здѣсь, конечно, предполагается условіе вполнѣ дѣйствительное, иначе о наступленіи или ненаступленіи его не можетъ быть и рѣчи. Теперь необходимо перейти къ ученію о невозможныхъ условіяхъ.

Терминъ *условіе* имѣетъ двоякое значеніе; условіемъ называется 1) то обстоятельство, отъ котораго поставлена въ зависимость юридическая сдѣлка, и 2) самое установленіе, назначеніе такого обстоятельства. Опредѣлительное слово „невозможный" можетъ относиться или къ обстоятельству (условіе *невозможное*, не могущее быть исполненнымъ, unmoegliche Bedingung), или къ назначенію условія (условіе недѣйствительное, не могущее быть назначеннымъ, unstatthafte Bed.). Мы исходимъ отъ послѣдняго понятія.

Условіе недѣйствительно

1) Вслѣдствіе невозможности его исполненія, это—невозможное условіе въ первомъ и собственномъ смыслѣ слова, conditio impossibilis. Здѣсь собственно нѣтъ условія, такъ какъ не существуетъ неизвѣстности. Необходимо различать два вида невозможныхъ условій: a) условія, наступленіе которыхъ физически невозможно, напр. проѣхать изъ Берлина въ Магдебургъ по желѣзной дорогѣ въ 15 минутъ, или (отрицательно) если солнце болѣе не взойдетъ; условіе, которымъ требуется, чтобы что-либо невозможное не произошло, conditio necessaria, также не составляетъ условія; b) условія, наступленіе которыхъ юридически невозможно, которыя не могутъ быть исполнены по

Quod plerique et ad legata et ad heredum institutiones perduxerunt. Quibus exemplis stipulationes quoque committi quidam recte putaverunt, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator conditioni pareret. Julian. и что здѣсь также слѣдуетъ вставить частицу non, тѣмъ болѣе что обѣ цитаты поразительно сходны. Предложеніе quibus exemplis—pareret, не имѣетъ здѣсь особаго значенія, такъ какъ оно встрѣчается въ другихъ мѣстахъ. Но это вовсе не такъ. Цитированное мѣсто предполагаетъ, что promissor что нибудь непремѣнно получитъ, такъ что можно сказать, что онъ заинтересованъ какъ въ исполненіи, такъ и въ неисполненіи условія.

[1]) Ср. L. 12. §. 2. D. ratam rem (46, 8). *Прим. изд.*

юридическимъ основаніямъ, напр. если ты продашь res sacra или publica, если ты уплатишь долгъ, который не существуетъ.

Возможно двоякое отношеніе къ недѣйствительнымъ условіямъ: 1) хотя такое условіе само по себѣ и недѣйствительно, однако невозможность его исполненія имѣетъ одинаковыя послѣдствія, какъ и неисполненіе условія дѣйствительнаго, т. е. право, поставленное въ зависимость отъ такого условія, считается несуществующимъ. Такое рѣшеніе вопроса, вообще говоря, наиболѣе соотвѣтствуетъ самому акту назначенія условія и должно быть считаемо общимъ правиломъ; 2) такъ какъ условіе недѣйствительно, то оно считается вполнѣ ничтожнымъ, pro non scripta habetur. Такой взглядъ умѣстенъ при завѣщательныхъ распоряженіяхъ и подкрѣпляется тѣмъ соображеніемъ, что въ нихъ необходимо прежде всего признать намѣреніе завѣщателя оставить что-либо въ пользу лица, такъ что встрѣтившееся въ завѣщаніи невозможное условіе является непонятнымъ осложненіемъ и потому должно быть уничтожено. Здѣсь возникаетъ вопросъ, такъ же ли должно поступать при затрудненіи исполнить условіе, равносильномъ полной невозможности исполненія (неисполнимое условіе, unerschwingliche Bed.)? Отвѣтъ долженъ быть утвердительный, если невозможность является только индивидуальною; однако сюда не можетъ быть отнесенъ тотъ случай, когда невозможность исполненія условія наступила уже впослѣдствіи; условіе это само по себѣ дѣйствительно, но считается неисполненнымъ.

2) Вслѣдствіе недозволеннаго содержанія; таковы условія, поощряющія дѣйствія противузаконныя или безнравственныя, влекущія за собою ущербъ для лицъ, неисполнившихъ ихъ, и выгоду для исполнителей, conditiones turpes, напр. условіе совершить преступленіе, или относиться непочтительно къ родителямъ. Назначеніе такого условія само по себѣ уже безнравственно. Условіе, которымъ хотя и не требуется что-либо безнравственное, но которое, по своему скрытому порочному мотиву, дѣлаетъ безразличное дѣйствіе безнравственнымъ, будетъ также conditio turpis. Точно также и намѣреніе вовлечь кого-либо въ безнравственное дѣйствіе дѣлаетъ условіе постыднымъ, напр. запрещеніе брака (впрочемъ условіе, чтобы дѣвица или вдова не выходила замужъ, можетъ имѣть своимъ основаніемъ или заботу диспонента о ней, или же предположеніе его, что бракъ ея повлечетъ за собой потерю ея расположенія), запрещеніе отлучки съ извѣстнаго мѣста, условіе перемѣнить религію. Впрочемъ безнравственность этого послѣдняго условія весьма часто ограничивали лишь принятіемъ какой-либо запрещенной религіи. Однимъ словомъ, если мотивомъ назначенія

условія служитъ желаніе диспонента оказать свое внѣшнее воздѣйствіе на такіе поступки лица, которые должны основываться лишь на внутреннемъ его убѣжденіи, то такое условіе должно считаться постыднымъ, безнравственнымъ. Другое дѣло, если напр. побудительной причиной къ назначенію условія служитъ забота о лицѣ, которое, вслѣдствіе перемѣны религіи, отлучки и пр., могло потерять извѣстныя средства къ жизни. Послѣдствія разсматриваемаго вида условій одинаковы съ послѣдствіями невозможныхъ условій. Договоры, заключенные подъ такими условіями, недѣйствительны, потому что въ безнравственности принимали участіе обѣ договаривавшіяся стороны и что самое назначеніе такого условія есть уже безнравственность. При завѣщательныхъ распоряженіяхъ лицо, награжденное подъ такимъ условіемъ, представляется невиннымъ и потому не должно нести отвѣтственности за безнравственное дѣйствіе завѣщателя. Совершенно особо обсуждается встрѣчающаяся въ завѣщательныхъ распоряженіяхъ, conditio jurisjurandi, то есть условіе обѣщать что-либо подъ клятвою. Условіе это само по себѣ считалось бы исполненнымъ, если бы клятва была дана лицомъ обязаннымъ (здѣсь еще нѣтъ безнравственности), дѣйствительное же исполненіе его зависѣло бы тогда отъ произвола лица, которому въ завѣщаніи назначено что-либо подъ такимъ условіемъ. Но если завѣщатель не имѣетъ никакого особаго интереса въ исполненіи этого условія, тогда оно является злоупотребленіемъ клятвою (вовлеченіемъ въ клятвопреступленіе), если же оно для него важно, въ такомъ случаѣ онъ избралъ невѣрное средство для достиженія своей цѣли. Обыкновенно держатся послѣдняго взгляда и условіе уничтожается; лицо же, для котораго оно назначено, все-таки обязано его исполнить, такъ что условіе превращается въ modus.

3) Вслѣдствіе несоотвѣтствія со сдѣлкой. Бываютъ юридическія дѣйствія, съ природой которыхъ несовмѣстна условность: принятіе наслѣдства, auctoritas tutoris, datio tutoris, adoptio, заключеніе брака, лишеніе наслѣдства. Другія юридическія дѣйствія допускаютъ лишь извѣстнаго рода условія, напр. при назначеніи въ завѣщаніи законнаго наслѣдника возможны одни потестативныя условія. Съ каждою сдѣлкой несовмѣстна такъ называемая conditio perplexa, т. е. условіе, противорѣчащее сущности сдѣлки, напр. отказъ по завѣщанію чего-либо подъ условіемъ потери права составлять завѣщанія (въ томъ смыслѣ, что лицо все-таки можетъ дѣлать отказы, хотя лишено права назначать наслѣдника), или я отказываю тебѣ все мое имущество съ тѣмъ условіемъ, чтобы все-таки кое-что осталось моимъ законнымъ наслѣдникамъ. Во всѣхъ исчисленныхъ случаяхъ

несоотвѣтствія сдѣлки съ условіемъ самая сдѣлка становится недѣйствительною; условныя завѣщательныя распоряженія въ данномъ случаѣ не составляютъ исключенія.

Дѣйствіе условія.

§ 61.

Отъ условія всегда находится въ зависимости существованіе всей сдѣлки, или какой нибудь составной части ея. Однако необходимо замѣтить возможность различія въ положеніи сдѣлки conditione pendente; на этомъ различіи основано дѣленіе условій на *резолютивныя и суспенсивныя.*

Условіе можетъ быть поставлено такимъ образомъ, что отъ него зависитъ возникновеніе извѣстнаго юридическаго отношенія, negotium conditionale, sub conditione contrahitur, это условіе отдаляетъ существованіе сдѣлки и называется *суспенсивнымъ.* Pendente conditone, данное юридическое отношеніе не существуетъ (нѣтъ обязательства, нѣтъ собственности), однако условная сдѣлка порождаетъ связь извѣстнаго юридическаго отношенія съ будущимъ наступленіемъ условія, такъ что произвольно отказаться отъ сдѣлки нельзя, ибо бытіе или небытіе ея находится въ неизвѣстности, только ненаступленіе условія разрѣшаетъ это состояніе окончательно. Исполненіе условія даетъ дѣйствительное бытіе юридическому отношенію, оно превращаетъ прежнюю неизвѣстность въ прочную дѣйствительность, оно представляетъ положеніе юридически прежде несуществовавшее—наличнымъ. Отъ того бытіе юридическаго отношенія считается не со времени наступленія условія, но съ момента заключенія условной сдѣлки: conditio existens retrotrahitur ad initium negotii, какъ будто-бы наступленіе условнаго обстоятельства было навѣрно извѣстно съ самаго начала. Это вполнѣ соотвѣтствуетъ естественному намѣренію лица, установившаго условіе: я даю кому нибудь что-либо подъ извѣстнымъ условіемъ; мое намѣреніе, чтобы лицо получило даруемое тотчасъ же, лишь бы оно исполнило условіе. Поэтому вполнѣ неправильными представляются взглядъ Тибо на указанное правило, какъ на особенность римскаго права, и попытки его ограничить это правило [1]).

---

[1]) Безусловное признаніе (открытаго лишь глоссаторами) догмата ретротракціи было бы конечно особенностію римскаго права въ вопросѣ (quaestio voluntatis): дѣйствительна ли воля лица съ момента исполненія ея или съ момента ея выраженія? Ибо такова на самомъ дѣлѣ точка зрѣнія тѣхъ мѣстъ

Необходимо однако замѣтить, что только то получаетъ обратную силу, что поставлено въ зависимость отъ условія; когда напр передается подъ условіемъ не право собственности, а лишь право требованія, то естественно обратную силу получаетъ не собственность, а требованіе: напр. когда я обѣщаю sub conditione отдать свой домъ.

Кромѣ этого, дѣйствіе ретротракціи заключается въ слѣдующемъ:

1) Лицо, управомоченное подъ условіемъ къ чему-либо, считается субъэктомъ по отношенію къ распоряженіямъ прежняго субъэкта права. То же слѣдуетъ сказать и объ отказахъ по завѣщанію. Наслѣдникъ не считается собственникомъ отказанной кому-либо вещи, а потому его распоряженія этою вещью признаются ipso jure ничтожными. Отступленіе представляетъ лишь тотъ случай, когда бытіе условія поставлено въ зависимость отъ воли прежняго субъэкта, которому предстоитъ потерять свое право, или отъ воли лица, состоящаго sub conditione должникомъ. Здѣсь нельзя признать ретротракцію входящею въ намѣренія лица, такъ какъ отъ него зависѣло, если бы онъ желалъ тотчасъ же сдѣлать юридическій актъ дѣйствительнымъ, допустить въ то же время самое наступленіе условія.

2) Другимъ послѣдствіемъ ретротракціи является и то, что всѣ выгоды и плоды, полученные отъ вещи въ промежуточный періодъ времени, existente conditione считаются собственностью того лица, которое есть условный субъэктъ права. Исключеніе представляютъ завѣщательные отказы, хотя это исключеніе часто выражали слишкомъ обще—будто въ отказахъ ретротракція вовсе не имѣетъ мѣста [1]). Обратное дѣйствіе ретротракціи мо-

---

источниковъ, которыя отрицаютъ ретротракцію какъ вообще, такъ и въ примѣненіи къ препятствіямъ дѣйствительности сдѣлокъ. L. 2. D. de M. C. D. (39, 6), L. 8. pr. D. de peric. (18, 6), L. 3. 4. D. de reg. Cat. (34, 7). Остальные аргументы, которые приводились въ послѣднее время противъ ретротракціи, не имѣютъ рѣшающаго значенія: L 7. pr., L. 9. pr. D. de jure dot. (23, 3) касается простой conditio juris, L. 14. §. 3., L. 22. pr. D. quando dies (36, 2) отрицаютъ не ретротракцію, а наступленіе условія.

[1]) Сюда слѣдуетъ отнести: L. 42. pr. D. de O. et A. (44, 7): Is cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor, sed tunc cum exstiterit conditio, quamvis eum qui stipulatus est sub conditione, placet etiam pendente conditione creditorem esse. Итакъ placet — creditorem esse не значитъ, что онъ еще прежде былъ кредиторомъ, но что онъ impleta conditione долженъ считаться какъ будто уже бывшимъ имъ въ то время. Истинный смыслъ и связь (по заголовку §. 1. L. 42. cit. и L. 2. D. de cess. bon. (42, 3), L 134. pr. D. de R. J. (50, 17), взятыхъ изъ той же книги) скорѣе будутъ слѣдующіе: вопросъ состоялъ въ томъ, въ правѣ ли conditionalis creditor (L. 54. 55. D. de V. S. 50, 16) оспаривать до наступленія

жетъ быть устранено и въ сдѣлкахъ inter vivos по волѣ сторонъ, ясно обнаруженной, такъ что ретротракція окажетъ на эти сдѣлки дѣйствіе, указанное только въ 1-мъ пунктѣ.

При назначеніи наслѣдниковъ о ретротракціи не можетъ быть и помину, такъ какъ вопросъ о ней устраняется основнымъ правиломъ наслѣдованія, что каждый наслѣдникъ, когда бы онъ ни пріобрѣталъ наслѣдство, считается таковымъ съ момента смерти наслѣдодателя. Это правило относится какъ къ безусловному назначенію наслѣдниковъ, такъ и къ назначенію ихъ sub conditione. Итакъ, что въ другихъ юридическихъ актахъ обусловливается вышеуказаннымъ правиломъ ретротракціи, то при назначеніи наслѣдника является необходимостью, заключающеюся въ самой природѣ наслѣдственнаго права.

Второй случай при назначеніи условія — поставленіе отъ него въ зависимость прекращенія извѣстнаго юридическаго отношенія. Сдѣлка заключена уже in conditionem, поэтому она не можетъ собственно считаться условною, она — безусловна. Условіе такого рода называется *резолютивнымъ*. Pendente conditione, данное юридическое отношеніе существуетъ, неизвѣстность его продолжительности не препятствуетъ ему въ настоящее время быть дѣйствительнымъ. Неизвѣстность эта прекращается съ ненаступленіемъ условія (Deficienz) и продолжительность бытія юридическаго отношенія дѣлается опредѣленною. Наступленіе условія уничтожаетъ данное юридическое отношеніе, притомъ такимъ образомъ, что самое бытіе этого отношенія до момента наступленія условія становится какъ бы кажущимся. Другими словами: ретротракція примѣняется и къ условію резолютивному, т. е. данное юридическое отношеніе считается какъ бы вовсе несуществовавшимъ. Но и въ этомъ случаѣ возможны отступленія по волѣ сторонъ, напр. относительно возвращенія собранныхъ плодовъ, которое по общему правилу обязательно. Особый случай указанъ въ концѣ §. 263.

Резолютивное условіе, для того чтобы оказывать свое дѣйствіе, должно быть поставлено при самомъ заключеніи сдѣлки,

---

условія сдѣлки, которыми умаляются права кредиторовъ? Юристъ отвѣчаетъ отрицательно по отношенію къ легатарію, назначенному sub conditione, такъ какъ онъ получаетъ право требованія лишь послѣ наступленія условія; отвѣтъ его напротивъ положительный по отношенію къ вѣрителямъ, назначеннымъ условно въ договорѣ, такъ какъ они получили право требованія по договору и притомъ такимъ образомъ, что ихъ право, если они умрутъ pendente conditione, переходитъ къ ихъ наслѣдникамъ, тогда какъ въ томъ же самомъ случаѣ право на легатъ прекращается, 27. pr. D. qui et a quib. (40, 9). *Прим. ред.*

имъ обусловленной. Въ противномъ случаѣ оно будетъ имѣть значеніе особаго договора; оно явится соглашеніемъ о прекращеніи юридическаго отношенія, подъ извѣстнымъ суспенсивнымъ условіемъ, напр. вѣритель, подъ такимъ-то условіемъ, не будетъ уже имѣть права требовать, или, подъ такимъ-то условіемъ, собственникъ вещи потеряетъ свое право собственности [1]).

Сроки [2]).

§ 62.

Опредѣленіе времени можетъ, подобно условію, обозначать или 1) начало сдѣлки, ex die, in diem (terminus a quo),— въ этомъ случаѣ оно аналогично съ суспенсивнымъ условіемъ, или же 2) оно можетъ, аналогично съ резолютивнымъ условіемъ, обозначать конецъ сдѣлки—ad diem (terminus ad quem). Но дѣйствіе условій и сроковъ совершенно различно, такъ какъ отъ послѣднихъ зависитъ не бытіе, а осуществленіе юридическаго отношенія. Вѣритель in diem есть уже вѣритель, но ограниченный въ томъ, что не можетъ до извѣстнаго времени осуществлять свое право требованія [3]).

Таково же точно положеніе дѣла и при назначеніи конечнаго срока сдѣлки: наступленіе его не прекращаетъ ipso jure даннаго отношенія, а только лишаетъ его силы, то есть устраняетъ его косвенно. Исключеніе представляютъ нѣсколько случаевъ, напр. ususfructus, societas, mandatum и др. Древнѣйшее отличіе опредѣленій срока отъ условій заключается въ томъ, что они никакимъ образомъ не могутъ имѣть обратной силы.

Вслѣдствіе указаннаго различія между опредѣленіями времени (сроками) и условіями, необходимо установить строгое разграниченіе между ними. Внѣшній признакъ, заключающійся въ частицахъ если и когда, si-cum, не имѣетъ рѣшительнаго зна-

---

[1]) Смотри также конецъ §. 299 и L. 1, 2 D. de praescr. verb. (12, 5), L. 2. C. de pact. inter. emt. (4, 54). Ср. Савиньи. III. §. 127.

[2]) Срокъ (dies) имѣетъ то общее съ условіемъ, что содержитъ въ себѣ будущее обстоятельство, отличается же отъ условія тѣмъ, что наступленіе этого обстоятельства не подлежитъ сомнѣнію, а потому и самое бытіе даннаго отношенія не находится въ неизвѣстности. Dies incertus есть условіе, выраженное лишь въ формѣ опредѣленія времени; dies certus бываетъ тогда, когда наступленіе обстоятельства не подлежитъ сомнѣнію, хотя неизвѣстно, когда именно оно наступитъ. Изъ Пандектъ.

[3]) L. 41. §. 1. D. de V. O. (45, 1): dies adiectus efficit, ne praesenti die debeatur, гдѣ deberi употреблено именно въ указанномъ смыслѣ.

значенія, такъ какъ условіе можетъ быть выражено въ формѣ опредѣленія времени, не измѣнившись отъ этого нисколько, напр. вмѣсто словъ „если ты женишься на *A*“ можно употребить выраженіе „въ день твоей женитьбы на *A*“.

Разница между ними заключается въ несомнѣнности бытія или наступленія извѣстнаго обстоятельства, которой не должно быть въ условіи, но которая необходима при назначеніи срока; то дополнительное опредѣленіе въ сдѣлкѣ (Nebenbestimmung), вслѣдствіе котораго самое бытіе юридическаго отношенія становится сомнительнымъ (ungewisz), будетъ условіемъ.

Относительно момента времени можетъ быть неизвѣстно 1) наступитъ ли онъ вообще (das ob, an?) и 2) когда именно онъ наступитъ (das Wann, quando?). Dies признается за certus не только когда извѣстно и то и другое, но и когда несомнѣнно, что онъ рано или поздно наступитъ, напр. день смерти, прекращеніе брака, погашеніе свѣчи, продолжительность переѣзда съ одного мѣста на другое. Итакъ, въ обоихъ этихъ случаяхъ опредѣленіе времени въ сдѣлкѣ не можетъ считаться условіемъ. Напротивъ dies incertus признается условіемъ не только въ случаѣ неизвѣстности an и quando вмѣстѣ, но даже въ томъ случаѣ, если сомнительно одно an, напр. въ день твоего совершеннолѣтія (какъ конечный срокъ опеки это будетъ dies, такъ какъ не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что онъ наступитъ, потому что самая опека, въ случаѣ смерти опекаемаго до достиженія совершеннолѣтія, также прекращается до срока).

Выше мы сказали, что dies certus an, incertus quando есть dies certus. Таковъ день смерти человѣка. Однако въ связи съ какимъ либо обстоятельствомъ онъ можетъ сдѣлаться incertus, когда напр. назначено, что *A* долженъ пережить *B*.

Если срокомъ полученія кѣмъ-либо отказа по завѣщанію назначенъ день смерти третьяго лица, то признано необходимымъ, чтобы легатарій пережилъ это послѣднее; такимъ образомъ тутъ является условіе [1]). Другое дѣло, если полученіе зависитъ отъ дня смерти легатарія, такъ какъ не подлежитъ сомнѣнію, что онъ его долженъ пережить [2]).

Есть [3]) юридическія отношенія, которыя не допускаютъ опредѣленій времени, то есть сроковъ, таковы: назначеніе наслѣдника, принятіе наслѣдства, назначеніе опекуна правительствомъ и проч. [4]).

---

[1]) L. 79 §. 1. D. de cond. (35,1).
[2]) L. 79. pr. eod.
[3]) Изъ Пандектъ.
[4]) L. 77. D. de R. J. (50,17).

Modus.

§ 63.

Modus представляется понятіемъ спорнымъ. Нѣкоторые считаютъ его добавочнымъ обязательствомъ, налагаемымъ на пріобрѣтателя. Многіе ограничиваютъ примѣненіе его одними актами щедрости: дареніями и легатами; такое ограниченіе положительно невѣрно, такъ какъ онъ возможенъ напр. при отдачѣ квартиры внаймы, при чемъ нанимателю дается извѣстная сумма денегъ для тѣхъ или другихъ приспособленій [1]). Но во всякомъ случаѣ modus слѣдуетъ отличать отъ эквивалентнаго дѣйствія (Gegenleistung) въ возмездныхъ сдѣлкахъ, такъ какъ первый есть добавочное опредѣленіе, а второе—опредѣленіе главное, существенное. Впрочемъ первое изъ указанныхъ опредѣленій понятія modus слишкомъ широко.

Modus есть такое добавочное опредѣленіе въ сдѣлкѣ, которымъ рекомендуется употребленіе чего-либо для извѣстной цѣли. Въ опроверженіе этого опредѣленія ссылались на L. 1. C. de his qu. sub modo (6,45) [2]), которымъ допускается возможность требовать выхода за мужъ за извѣстное лицо. Но хотя указанное мѣсто можетъ дѣйствительно подходить къ означенному понятію о modus, однако же въ немъ прямо сказано, что такое требованіе слѣдуетъ считать условіемъ. Нѣкоторые называли такое добавочное опредѣленіе modus mixtus, смѣшаннымъ съ условіемъ, въ отличіе отъ modus purus. (Но это подраздѣленіе совершенно излишне, потому что modus mixtus, какъ въ помянутой цитатѣ, есть собственно условіе, кажущееся только модусомъ).

Modus выражается словомъ ut, съ тѣмъ чтобы, а условіе словомъ si, если; однако слѣдуетъ обращать главное вниманіе на намѣреніе лица распоряжающаго. Въ L. 1. cit сказано, что

---

[1]) L. 58. §. 2. D. locati (19,2). Здѣсь однако modus не является особымъ юридическимъ институтомъ; таковымъ служитъ онъ лишь въ дареніяхъ и легатахъ, для которыхъ lex Cincia и Furia назначили maximum (modus), вслѣдствіе чего долженъ былъ рождаться вопросъ: на сколько, отъ прибавленія извѣстнаго имущественнаго бремени, immodica donatio и пр. превращается въ дареніе или легатъ sub modo, т. е. infra modum, или въ сдѣлку возмездную. Boecking, Einl. in d. Pand. стр. 404. *Прим. изд.*

[2]) In legatis quidem et fideicommissis etiam modus adscriptus pro conditione observatur. Sed si per te non stat, quominus voluntati testatoris pareas, sed per eum, cui nubere jussa es. quominus id, quod tibi relictum est. obtineas, non oberit.

опредѣленіе, выраженное въ формѣ модуса, должно быть обсуждаемо, какъ условіе.

Въ относящемся сюда же L. 80. D. de cond. (35,1) [1]) modus противополагается условію. Между тѣмъ и другимъ однако представляется общимъ то, что въ обоихъ случаяхъ должно произойти нѣчто такое, чего теперь еще нѣтъ. Смыслъ цитаты безъ частицы non слѣдующій: добавочное опредѣленіе, имѣющее своимъ послѣдствіемъ то, что немедленное предъявленіе иска кажется невозможнымъ (protinus относится слѣдовательно къ agentem), есть условіе, или же оно есть modus (mora cum sumtu, причемъ съ обязанностью дать извѣстное назначеніе имуществу соединена отсрочка сдѣлки), когда искъ можетъ быть предъявленъ тотчасъ же по представленіи обезпеченія (Caution). Такова разница между выраженіями, начинающимися съ si и ut.

Принявъ въ цитатѣ частицу non, придется признать первое предложеніе противоположнымъ второму, то есть предположить тотъ случай, что условіе уже разрѣшено, что оно не наступитъ; тогда слово protinus слѣдовало бы относить къ repellunt. Впрочемъ здѣсь нѣтъ условія, ибо нѣтъ пріостановки дѣйствительности сдѣлки. Если бы здѣсь было условіе, то слѣдовало бы употребить выраженіе si monumentum fecit.

Впрочемъ, при допущеніи частицы non, возможно еще одно объясненіе указанной цитаты, при чемъ слово protinus также будетъ относиться къ agentem, а слова non pro cond. oportet должны быть понимаемы такъ: нѣтъ необходимости считать ихъ (causas) условными, (т. е. какъ бы non statim), такъ какъ они могутъ быть и опредѣленіями времени, допускающими немедленное предъявленіе иска. Тогда юристъ имѣлъ бы передъ глазами всѣ три рода добавочныхъ опредѣленій: 1) тѣ, которыя исключаютъ возможность немедленнаго иска, conditio и dies; 2) тѣ, которыя допускаютъ эту возможность, modus. Во всѣхъ этихъ случаяхъ существуетъ обязанность исполненія: условія, времени и модуса.

Дѣйствіе модуса.

1) Modus, назначенный безъ намѣренія возложить на лицо какую-нибудь обязанность, (modus simplex) — не болѣе какъ хорошій совѣтъ. Таковы всѣ тѣ случаи, когда исполненіе его важно лишь въ интересахъ одного исполнителя [2]).

---

[1] Eas causas, quae protinus agentem repellunt, in fideicommissis non (gl. alias deest non) pro conditionalibus observari oportet, eas vero, quae habent moram cum sumtu, admittemus cautione oblata. Nec enim parem dicemus eum, cui ita datum sit: si monumentum fecerit, et eum, cui datum est: ut monumentum faciat.

[2]) L. 71. pr. D. de cond, (35,1).

2) Если же имѣлось намѣреніе связать лицо обязательствомъ (modus qualificatus), то отъ исполненія его зависитъ не самое бытіе сдѣлки (главное отличіе модуса отъ условія), а лишь осуществленіе ея.

3) Modus заключаетъ въ себѣ какъ бы обязанность его исполненія (чего нѣтъ въ условіи).

4) Даже осуществленіе сдѣлки не подлежитъ отсрочкѣ въ случаѣ представленія лицомъ, связаннымъ модусомъ, обезпеченія (cautio). Такого обезпеченія въ договорахъ можетъ требовать должникъ, если онъ заинтересованъ въ дѣлѣ; при отказахъ по завѣщанію—наслѣдникъ, на котораго возложена выдача легата, хотя бы онъ и не имѣлъ въ томъ интереса. Его интересъ—подчиненіе волѣ наслѣдодателя.

5) Для понужденія къ исполненію модуса дается искъ на основаніи обезпеченія; впрочемъ право иска имѣютъ названныя выше лица и помимо обезпеченія; кромѣ того оно предоставлено и всякому постороннему лицу, которое такъ или иначе заинтересовано въ исполненіи модуса; по отношенію же къ завѣщательнымъ распоряженіямъ, въ случаѣ неимѣнія лицъ заинтересованныхъ,—это право иска принадлежитъ верховной власти, если въ виду имѣется общественный интересъ, или если это согласно съ волей завѣщателя.

2. Выраженіе воли.

§ 64.

Выраженіе [1]) воли вовнѣ составляетъ corpus юридической сдѣлки, способъ этого выраженія составляетъ форму ея. Способъ выраженія воли можетъ быть или произвольнымъ, лишь бы онъ соотвѣтствовалъ волѣ участвующихъ въ сдѣлкѣ лицъ и могъ считаться ея проявленіемъ, или же онъ опредѣленъ заранѣе закономъ, предписывающимъ извѣстныя формальности. Эти способы слѣдующіе: необходимость устности вообще и произнесенія нѣкоторыхъ словъ въ особенности; соединеніе живой рѣчи съ извѣстными символическими дѣйствіями; письменность вообще или опредѣленныя формы актовъ; привлеченіе свидѣтелей (testes rogati служатъ свидѣтелями по приглашенію лицъ, совершающихъ сдѣлку, и добровольно присутствуютъ при ея заключеніи); содѣйствіе нотаріуса, то есть чиновника, который

---

[1]) Изъ Пандектъ.

своимъ участіемъ въ сдѣлкѣ сообщаетъ актамъ ея характеръ публичныхъ, достовѣрныхъ, и наконецъ содѣйствіе судьи.

Наиболѣе употребляемымъ въ новѣйшемъ правѣ способомъ выраженія воли служитъ проявленіе ея при содѣйствіи чиновника — нотаріуса или судьи, совершеніе сдѣлки и утвержденіе ея судомъ. Эта сторона судейской функціи называется voluntaria jurisdictio (въ противоположность contentiosa jurisdictio). Итакъ всѣ юридическія сдѣлки служатъ для судьи или актами (actus) merae voluntariae jurisdictionis, при чемъ функція судьи опредѣляется одною волею сторонъ, съ тѣмъ конечно ограниченіемъ, что онъ не имѣетъ права оказывать содѣйствіе сдѣлкѣ, очевидно недѣйствительной, или actus voluntariae jurisdictionis mixtae, въ которыхъ онъ дѣйствуетъ по собственному усмотрѣнію, при полномъ знакомствѣ съ данною сдѣлкою (cum causae cognitione).

Такіе опредѣленные способы выраженія воли могутъ имѣть своимъ послѣдствіемъ: 1) огражденіе воли отъ всякаго сомнѣнія въ ея дѣйствительности и гарантію подлинности ея выраженія, 2) устраненіе (по возможности) противозаконнаго вліянія на нее, 3) удостовѣреніе самаго заключенія сдѣлки и 4) сохраненіе этого удостовѣренія на будущее время. Достиженіе этихъ цѣлей будетъ зависѣть отъ достоинствъ того или другаго способа выраженія воли. Наилучшимъ въ этомъ отношеніи способомъ считалось судебное содѣйствіе. Но удобство заключенія сдѣлокъ судебнымъ порядкомъ, устраняющимъ постороннія вредныя вліянія, уменьшается вслѣдствіе громаднаго множества случаевъ, въ которыхъ прибѣгаютъ къ содѣйствію судей, вслѣдствіе чего самая тщательность совершенія сдѣлокъ исчезаетъ и число процессовъ по сдѣлкамъ, заключеннымъ судебнымъ порядкомъ, обыкновенно бываетъ не менѣе, чѣмъ тамъ, гдѣ сдѣлки заключаются privatim. Самыя неудобства и дороговизна этого способа перевѣшиваютъ всѣ доставляемыя имъ выгоды. Назначеніе опредѣленной формы для заключенія сдѣлки имѣетъ всегда своимъ послѣдствіемъ то, что сдѣлка, заключенная безъ ея соблюденія, считается недѣйствительною. Однако, лишь болѣе важныя послѣдствія сдѣлки могутъ быть поставлены въ зависимость отъ соблюденія предписанной формы.

Форма сдѣлки не замѣняетъ необходимыхъ внутреннихъ условій ея дѣйствительности. Содѣйствіе суда заключенію сдѣлки называли судебнымъ утвержденіемъ ея (gerichtliche Confirmation). Это выраженіе отнюдь не должно быть понимаемо въ томъ смыслѣ, что, благодаря такому утвержденію, сдѣлка, недѣйствительная по матеріальнымъ недостаткамъ, порокамъ, можетъ сдѣлаться дѣйствительною. Confirmatio nil novi dat, sed quod adest tantum corroborat.

Въ новомъ, дѣйствующемъ правѣ принято за правило не предписывать для сдѣлокъ заранѣе опредѣленныхъ формъ и предоставить способъ ихъ заключенія произволу дѣйствующихъ лицъ, при чемъ эти способы не должны удовлетворять никакимъ условіямъ, кромѣ тѣхъ, которыя существенно связаны съ самымъ выраженіемъ воли. Это выраженіе можетъ быть или 1) внѣшнимъ, нагляднымъ (ausdrueckliche Erklaerung) посредствомъ словъ (устно или письменно) и знаковъ, ихъ замѣняющихъ, nutus, или 2) молчаливымъ, посредствомъ такихъ дѣйствій, которыя не только выражаютъ волю дѣйствующаго лица, но и даютъ возможность заключать о ея существенномъ содержаніи; эти дѣйствія называются concludente Handlungen (впрочемъ и слова могутъ содержать въ себѣ молчаливое проявленіе такой воли лица, которая хотя прямо ими и не выражена, однако сама собой предполагается), напр. pro herede gestio, возвращеніе росписки должнику (если только не имѣется въ виду другаго намѣренія лица, при которомъ невозможно предположеніе о прощеніи долга), молчаливое согласіе лица на написаніе и подписаніе такой сдѣлки, для дѣйствительности которой требуется его согласіе.

Даже [1]) простое молчаніе можетъ при извѣстныхъ обстоятельствахъ считаться выраженіемъ воли лица [2]).

Нельзя указать общихъ правилъ, относительно того, какія именно дѣйствія должно считать вытекающими изъ данной воли лица; это—дѣло интерпретаціи,—quaestio facti, а не juris. Однако дѣйствующее лицо имѣетъ средство оградить себя отъ ложныхъ выводовъ изъ его воли, могущихъ причинить ему ущербъ, путемъ *протеста* (Protestation), разъясненія истиннаго значенія его дѣйствія, напр. оно можетъ опровергнуть признаніе актомъ щедрости совершенное имъ погребеніе умершаго лица, или прокормленіе родственника. Если съ разъясненіемъ значенія дѣйствія лица связано сохраненіе нѣкоторыхъ правъ, которыхъ иначе оно должно было бы лишиться, то такое разъясненіе лицомъ своихъ дѣйствій называется reservatio. Само собой разумѣется, что объясненіе собственнаго дѣйствія обязательно для его субъэкта и не должно противорѣчить сущно-

---

[1]) Изъ Пандектъ.

[2]) Ср. напр. L. 60. D. de R. J. (50, 17); L. 12. 16. D. ad. S. C. Maced. (14, 6); L. 19. D. de aqua pluv. (39, 3); L. 1. §. 4. D. de agnosc. lib. (25, 3); L. 8. §. 15. D. qu. mod. pign. (20, 6); L. 142. D. de R. I. (50, 17): Qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare. Regula Bonifacii VIII. c. 43. de R. I. in VI: qui tacet, consentire videtur, въ смыслѣ общаго правила, не вѣрна. Изъ Пандектъ.

сти самаго дѣйствія. Протестъ возможенъ только по отношенію къ собственнымъ дѣйствіямъ. Что же касается до чужихъ дѣйствій, то, по отношенію къ значенію молчанія, истинный протестъ не мыслимъ, но существуетъ особый процессуальный способъ защиты, который, только ради удобства и по невѣдѣнію, называютъ иногда протестомъ, напр. operis novi nunciatio. Возможность сдѣлать изъ извѣстнаго дѣйствія лица какіе бы то ни было выводы относительно воли его можетъ исключатся заблужденіемъ или невѣдѣніемъ, въ которомъ находилось дѣйствующее лицо, не желавшее, конечно, того, чего оно не знало, такъ напр. нельзя признать молчаливымъ отказомъ отъ закладнаго права согласіе залогопринимателя на продажу заклада, если онъ вовсе не зналъ о своемъ правѣ на закладъ.

3) Соотвѣтствіе воли ея выраженію.

§ 65.

Какъ воля сама по себѣ, такъ и одно ея выраженіе еще не составляютъ юридической сдѣлки; для бытія этой послѣдней необходима надлежащимъ образомъ выраженная воля, необходимо, чтобы проявленіе воли во внѣ соотвѣтствовало ея сущности. Такимъ образомъ условіемъ возникновенія сдѣлки представляется также необходимость соотвѣтствія воли ея выраженію.

Несоотвѣтствіе [1]) между ними, будетъ ли оно умышленное, или случайное — все равно, исключаетъ бытіе юридической сдѣлки.

1) Умышленное несоотвѣтствіе происходитъ вслѣдствіе такого проявленія воли во внѣ, которое не должно служить истиннымъ ея выраженіемъ. Оно можетъ произойти или явно, напр. при заключеніи контракта ради одной формы, или для сокрытія истинной воли, т. е. съ намѣреніемъ выразить извѣстную волю во внѣ и тѣмъ придать сдѣлкѣ характеръ дѣйствительности, simulatio (проявленіе неистинной воли, долженствующее казаться выраженіемъ воли истинной). При этомъ возможны два случая: а) лицо, намѣренно допустившее несоотвѣтствіе между волей и ея выраженіемъ, имѣло въ виду другую сдѣлку; въ этомъ случаѣ дѣйствительна эта послѣдняя, если только она удовлетворяетъ всѣмъ условіямъ, т. е. если имѣется на лицо воля лица, выраженная надлежащимъ образомъ и при томъ са-

---

[1]) Изъ Пандектъ.

мая сдѣлка не запрещена закономъ, напр. вполнѣ дѣйствительно, согласно правилу «plus valere, quod agitur, quam quod simulate concipitur», дареніе совершенное подъ видомъ купли-продажи, если только оно удовлетворяетъ всѣмъ условіямъ дарственныхъ сдѣлокъ; b) лицо или. вовсе не имѣло въ виду другой сдѣлки, или же имѣвшаяся въ виду оказалась недѣйствительною либо вслѣдствіе внутреннихъ пороковъ, напр. при симулированномъ дареніи между супругами, либо по несоблюденію установленной формы для ея совершенія, напр. означеніе въ договорѣ купли-продажи не той цѣны, за которую вещь продана на самомъ дѣлѣ. Въ этомъ случаѣ вовсе не существуетъ дѣйствительной сдѣлки, такъ какъ симулированная сдѣлка никогда не можетъ имѣть дѣйствительнаго значенія.

2) Случайное несоотвѣтствіе, вслѣдствіе порока самой воли, можетъ произойти отъ ошибки, исключающей возможность бытія воли и тѣмъ самымъ дѣлающей сдѣлку недѣйствительною.

Ошибка можетъ обусловить то, что воля или вовсе не существуетъ, или же, какъ напр. въ договорахъ, воля одного лица не совпадаетъ съ волею другаго. Причиною недѣйствительности сдѣлки служитъ не ошибка, а отсутствіе воли одного лица или соотвѣтствія между волею двухъ лицъ. Поэтому особую важность для насъ имѣетъ самая воля, а не ошибка, при чемъ вполнѣ безразлично будетъ ли эта послѣдняя извинительною или неизвинительною. Неправильное проявленіе воли можетъ быть обусловлено: a) Ошибкою относительно личности контрагента, напр. заключающій сдѣлку имѣетъ въ виду не то лицо, относительно котораго онъ выразилъ свою волю, а другое,—error in corpore hominis; это можетъ случиться при назначеніи наслѣдника: placet neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est [1]), и въ договорахъ: слова контрагента могутъ случайно относиться къ другому лицу, а не къ тому, съ кѣмъ имѣлось въ виду вступить въ договоръ. Напротивъ, договоръ не дѣлается недѣйствительнымъ, если произошла ошибка относительно свойствъ лица, послужившая мотивомъ къ заключенію этого договора. Подобная ошибка можетъ повлечь за собой недѣйствительность лишь въ завѣщательныхъ распоряженіяхъ (см. выше); хотя ошибка въ свойствахъ лица и не обусловливаетъ ничтожности сдѣлки, но она можетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ быть причиною ея отмѣны. напр. когда лицо не обладаетъ тѣми качествами, которыя необходимы для того, чтобы исполнить при-

---

[1]) L. 9. pr. D. de hered. inst. (28, 5).

нятыя имъ на себя обязанности, напр. я нанимаю домашняго учителя, а впослѣдствіи оказывается, что онъ еврей и потому домашнимъ учителемъ быть не можетъ. b) Ошибкою относительно объэкта сдѣлки, error in corpore, напр. когда дѣйствующее лицо имѣетъ въ виду другой предметъ, а не тотъ, который онъ назвалъ при заключеніи сдѣлки, такъ что онъ собственно не распорядилъ ни тѣмъ, ни другимъ. Сюда относится тотъ случай въ договорахъ, когда контрагенты имѣютъ въ виду разные предметы. Такъ какъ предметъ сдѣлки можетъ принадлежать къ вещамъ видовымъ или родовымъ, то указанное значеніе имѣетъ или ошибка относительно индивидуума, или ошибка относительно цѣлаго рода вещей. Впрочемъ возможна ошибка и относительно суммы, при чемъ въ случаѣ различія суммъ, имѣемыхъ въ виду контрагентами, эти послѣдніе могутъ согласиться признать обязательною меньшую сумму, если только сдѣлка совершенно безмездна (дареніе); при возмездности же сдѣлки право признать истиннымъ ея объэктомъ меньшую сумму принадлежитъ получателю, напр. продавцу, наемщику.

Къ error in corpore весьма близко подходитъ error in substantia, то есть ошибка относительно такихъ свойствъ предмета, которыя на самомъ дѣлѣ дѣлаютъ его какъ бы совершенно другимъ, которыя слѣдовательно до извѣстной степени опредѣляютъ тождество предмета, напр. ошибка относительно свойствъ жидкости (вино, или уксусъ), относительно пола раба, относительно того, золото ли данный металлъ, или позолоченное серебро, или же наконецъ просто мѣдь.

Нѣкоторые римскіе юристы строго держались того мнѣнія, что въ случаѣ ошибки in substantia все таки имѣется на лицо consensus in corpore, а потому и существуетъ дѣйствительная юридическая сдѣлка. Другіе же основательно утверждали, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ субстанція равносильна самому corpus вещи, имѣетъ значеніе самой индивидуальности и что потому должно признать недѣйствительность сдѣлки. Это мнѣніе принято Юстиніаномъ. На практикѣ слѣдуетъ прежде всего изслѣдовать, дѣйствительно ли равносильно данное свойство самому тождеству индивидуума, напр. въ указанномъ случаѣ различія жидкостей (вино и уксусъ), далѣе при ошибкѣ относительно матеріала такой мебели, фасонъ которой не имѣетъ преимущественнаго значенія, а не той, въ которой матеріалъ стоитъ на заднемъ планѣ и при употребленіи которой цѣна его не имѣетъ особеннаго значенія, напр. коробка простыхъ карманныхъ часовъ,—коробка хронометра. Но къ свойствамъ вещи, ошибочное представленіе которыхъ имѣетъ значеніе для дѣйствительности сдѣлки, отнюдь не могутъ относиться тѣ свойства, ко-

торыя не измѣняютъ самой сущности (Stoff) вещи; напр. когда кто-либо покупаетъ плохое вино, думая, что пріобрѣтаетъ лучшій сортъ, или когда купленное золото оказывается хуже и низшей пробы, чѣмъ предполагалось; слово inauratum, встрѣчающееся въ относящихся къ занимающему насъ вопросу законоположеніяхъ римскаго права, означало золото низкой пробы, а не какой-либо другой позолоченный металлъ.

c) Ошибкою относительно самой сдѣлки; послѣдствіемъ такой ошибки могло быть то, что лицо, совершая одну, подразумѣвало совсѣмъ другую сдѣлку, или что оба контрагента въ договорѣ имѣли въ виду не одно и тоже, напр. совершается дареніе, а лицо, принимающее вещь, считаетъ сдѣлку за заемъ. Въ этомъ случаѣ юридической сдѣлки какъ бы вовсе и не заключено; лицо, имѣвшее animus donandi, можетъ потребовать возвращенія той вещи, которую принявшій счелъ за полученную по займу; только потребленіе подаренной (или по мнѣнію другаго занятой) вещи даетъ послѣднему право предъявить exceptio doli потому, что даритель имѣлъ таковое въ виду.

3) Случайное несоотвѣтствіе воли ея проявленію можетъ также произойти вслѣдствіе недостаточности самаго выраженія этой воли. Пока извѣстное проявленіе можетъ считаться выраженіемъ данной воли, хотя бы даже ошибочнымъ, до тѣхъ поръ нельзя признать сдѣлку совершенно недѣйствительною, поэтому falsa demonstratio non nocet. Совсѣмъ другое должно сказать, если выраженіе воли настолько недостаточно, что оно вовсе не можетъ быть признано ея проявленіемъ; здѣсь будетъ одна воля безъ выраженія и поэтому сдѣлка ничтожна, напр. одно лицо отказало другому по завѣщанію свои книги, между тѣмъ возможно доказать, что завѣщатель въ отказѣ разумѣлъ также и свои вина (rerum enim vocabula immutabilia sunt). Другое дѣло, конечно, если ошибка заключается только въ имени (hominum mutabilia) [1])

---

[1]) L. 4. pr. D. de leg. I. (30): Si quis in fundi vocabulo erravit, et Cornelianum pro Semproniano nominavit, debebitur Sempronianus; sed si in corpore erravit, non debebitur. Quodsi quis, quum vellet vestem legare, supellectilem adscripsit, dum putat supellectilis apellatione vestem contineri. Pomponius scripsit, vestem non deberi, quemadmodum si quis putet, auri apellatione electrum vel aurichalcum etiam argentum contineri. Rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia.

Толкованіе юридическихъ сдѣлокъ.

§ 66 [1]).

Даже въ случаѣ соотвѣтствія воли ея выраженію, можетъ возникнуть сомнѣніе относительно значенія (Sinn) этого послѣдняго, т. е. относительно свойствъ самой воли. Коренное начало толкованія юридическихъ сдѣлокъ слѣдующее: воля и выраженіе ея одинаково существенны для сдѣлки; какъ воля безъ выраженія, такъ и это послѣднее безъ самой воли равно лишены всякаго значенія.

Основою толкованія сдѣлокъ служатъ слова или другіе способы выраженія нашихъ мыслей (§ 64). При этомъ слова должны быть понимаемы въ ихъ обыкновенномъ, естественномъ смыслѣ, такъ какъ всегда предполагается, что говорящій употребляетъ общепринятое нарѣчіе. Если при такомъ способѣ толкованія выраженія воли въ сдѣлкѣ, смыслъ этой послѣдней окажется вполнѣ яснымъ и вѣрнымъ, то незачѣмъ подвергать его дальнѣйшему сомнѣнію, такъ какъ въ противномъ случаѣ самый точный способъ выраженія не обезпечивалъ бы лицо отъ возможности ложнаго толкованія его воли [2])

Съ другой стороны, слова только потому имѣютъ важное значеніе для толкованія сдѣлокъ, что они выражаютъ собою волю лица, ихъ употребившаго. Въ случаѣ двусмысленности употребленныхъ словъ, слѣдуетъ обращать вниманіе не на обычный ихъ смыслъ и не на способъ пониманія ихъ другими, а лишь на то, что именно хотѣлъ выразить ими говорящій. Слова, имѣющія различное значеніе въ разныхъ мѣстахъ, въ случаѣ невозможности инымъ способомъ выяснить волю лица, принимаются въ томъ смыслѣ, въ которомъ употребляются на мѣстѣ совершенія сдѣлки, если съ достаточною вѣроятностію можно предположить, что лицо держалось именно послѣдняго (что бываетъ далеко не со всѣми чужестранцами). Относительно сдѣлокъ, заключенныхъ между лицами, находящимися вдалекѣ другъ отъ друга, соблюдается или только что указанное правило, или же правило что истиннымъ значеніемъ сомнительныхъ словъ должно признавать смыслъ ихъ въ томъ мѣстѣ, гдѣ находилось лицо, употребившее ихъ (Ort des

---

[1]) Изъ Пандектъ.

[2]) L. 25. §. 1. D. de leg. III (32): Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio. L. 69. pr. eod.

Proponenten). Если послѣ примѣненія всѣхъ указанныхъ способовъ толкованія сдѣлокъ еще останется сомнѣніе въ разумѣ употребленныхъ выраженій, то слѣдуетъ признать истиннымъ то значеніе ихъ, которое придавалось бы имъ лицомъ, дѣйствующимъ какъ человѣкъ вполнѣ разумный, то есть тотъ смыслъ, при которомъ возможно существованіе сдѣлки. Кромѣ того, въ случаѣ сомнѣнія слѣдуетъ толковать сдѣлку въ томъ смыслѣ, который представляется менѣе обременительнымъ, т. е. толковать ее въ пользу лица обязаннаго. Такое снисходительное толкованіе договоровъ основывается на томъ соображеніи, что въ нихъ главнымъ лицомъ, которое и должно было озаботиться точнымъ выраженіемъ воли, является вѣритель; на томъ же основаніи толкуются договоры, въ которыхъ обѣ стороны имѣютъ извѣстныя обязанности, — противъ того лица, которое является главнымъ при ихъ совершеніи.

Наконецъ, есть извѣстныя causae favorabiles, въ пользу которыхъ всегда должно быть направлено толкованіе; таковы: свобода, приданое—въ пользу женщины, предсмертныя распоряженія, во избѣжаніе искаженія воли завѣщателя,—въ пользу облагодѣтельствованнаго (des Honorirten), при чемъ впрочемъ необходимо имѣть въ виду сохраненіе самыхъ распоряженій завѣщателя.

С. Недѣйствительность юридическихъ сдѣлокъ.

§ 67.

Юридическая [1]) сдѣлка недѣйствительна тогда, когда, вслѣдствіе неудовлетворенія ея какому-нибудь существенному условію, или вовсе исключается ея дѣйствительное возникновеніе, или же становится невозможнымъ ея дальнѣйшее бытіе.

Недѣйствительность юридическихъ сдѣлокъ можетъ быть разсматриваема съ двухъ сторонъ: съ формальной и матеріальной. Съ формальной стороны прежде всего слѣдуетъ различать *ничтожность* (Nullitaet) сдѣлки и *отмѣняемость*, *спорность* ея (Anfechtbarkeit).

1) Сдѣлка ничтожна, если она, вслѣдствіе извѣстнаго порока, ipso jure не существуетъ и какъ бы никогда не существовала (nullum negotium). Такая ничтожность наступаетъ: а) когда сдѣлкѣ недостаетъ какого-либо существеннаго условія, безъ котораго она вовсе немыслима (таковы: дѣеспособность, право

---

[1]) Изъ Пандектъ

распоряженія, воля, правильное выраженіе воли) и b) когда сдѣлка противна положительному закону (запретительному). Въ древнемъ правѣ ничтожность послѣдняго рода обусловливалась одними leges perfectæ, въ новѣйшемъ же правѣ она не ограничивается ими, если только это особо не установлено закономъ.

2) Сдѣлка является стороною (rescissibel) отмѣняемою, когда, несмотря на ея дѣйствительное существованіе, какое-либо обстоятельство даетъ извѣстному лицу право ее уничтожить. Сдѣлка ipso jure производитъ свое дѣйствіе, т.-е. изъ нея вытекаетъ то или другое право, но этому дѣйствію противостоитъ право другаго лица, осуществленіемъ котораго дѣйствіе сдѣлки можетъ быть разрушено, — она оказывается недѣйствительною и потому уничтожается. Практическое различіе между двумя разсмотрѣнными видами недѣйствительности сдѣлокъ заключается въ томъ, что во второмъ изъ нихъ уничтоженіе сдѣлки зависитъ: a) отъ существованія извѣстнаго процессуальнаго средства для уничтоженія сдѣлки (rescissorisches Rechtsmittel), право пользоваться которымъ можетъ быть такъ или иначе утрачено, почему и сдѣлка можетъ остаться неоспоренною, неуничтоженною; b) отъ воли управомоченнаго лица, отъ того, воспользуется ли оно своимъ правомъ оспаривать сдѣлку или нѣтъ. Относительно же того, въ какомъ объемѣ прекращаются юридическія сдѣлки, оба указанные вида недѣйствительности не представляютъ никакого различія.

Сдѣлка считается отмѣняемою: a) когда въ ней былъ допущенъ не такого рода недостатокъ, чтобы онъ могъ сдѣлать существованіе ея вовсе немыслимымъ (напр. принужденіе, ошибка относительно мотивовъ, обманъ—см. выше), если только нѣтъ особаго, произвольнаго закона, предписывающаго считать сдѣлку съ тѣмъ или другимъ изъ указанныхъ недостатковъ вполнѣ ничтожною; b) когда по другимъ, экзотерическимъ основаніямъ признаніе сдѣлки лишь отмѣняемою, а не ничтожною, считалось, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, болѣе справедливымъ въ виду того, что достиженіе всѣхъ послѣдствій сдѣлокъ такого рода постановлено въ зависимость отъ воли одного изъ лицъ, или когда нельзя достаточно обще и объективно установить условій ничтожности акта, напр. при in integrum restitutio.

Третьимъ основаніемъ бытія относительной недѣйствительности сдѣлокъ, утратившимъ нынѣ все свое значеніе, служило отношеніе преторскаго права къ jus civile. Преторъ не могъ признать ничтожнымъ то, что существовало jure civili.

Затѣмъ необходимо указать нѣкоторыя ошибочныя воззрѣнія на занимающій насъ вопросъ.

1) Нѣкоторые юристы утверждали, что ничтожность сдѣлки есть недѣйствительность, наступающая съ самаго ея начала (anfængliche Ungueltigkeit), а отмѣняемость—недѣйствительность, привходящая впослѣдствіи. Но какъ ничтожность сдѣлки можетъ оказаться впослѣдствіи, такъ и отмѣняемость можетъ быть очевидною уже съ самаго момента ея заключенія; такимъ образомъ означенный взглядъ является искаженіемъ того правила, что спорная сдѣлка существуетъ до отмѣны ея, происходящей вслѣдствіе предъявленія спора.

2) Нѣкоторые виды относительной недѣйствительности сдѣлокъ признавались за полную ничтожность ихъ, напр. при наличности принужденія и пр.

3) Наоборотъ, ничтожность сдѣлки нерѣдко признавалась за простую отмѣняемость ея, вслѣдствіе чего возникало особое требованіе ея отмѣны путемъ querela nullitatis. Ничтожность сдѣлки не можетъ служить основаніемъ для предъявленія спора противъ нея, такъ какъ не зачѣмъ хлопотать объ отмѣнѣ того, что ничтожно само по себѣ и потому какъ бы вовсе не существуетъ. Источникомъ этого ложнаго воззрѣнія служитъ какъ каноническое право, допускающее всякую annullatio matrimonii, такъ и процессъ, гдѣ считается ничтожнымъ всякій споръ противъ окончательнаго рѣшенія суда. Такимъ образомъ здѣсь, по нѣкоторымъ причинамъ, признано было неудобнымъ прямо, ipso jure, допустить ничтожность сдѣлки; доказательство полной ея недѣйствительности признано необходимымъ, напр. съ цѣлью удостовѣрить ея уничтоженіе и тѣмъ устранить возможность сомнѣній по этому поводу; въ бракѣ же такою цѣлью является стремленіе не допустить произвольныхъ расторженій этого союза подъ тѣмъ благовиднымъ предлогомъ, что ничтожность брака осталась не изслѣдованною. Казалось бы гораздо проще причислить эти случаи къ видамъ отмѣняемости сдѣлокъ, однако въ силу какихъ-то соображеній найдено нужнымъ удержать терминъ или понятіе ничтожности (напр. въ каноническомъ правѣ для того, чтобы не придать уничтоженію незаконнаго брака видъ расторженія брака дѣйствительнаго), вслѣдствіе чего и произошла указанная аномалія, ограничивающаяся впрочемъ весьма немногими случаями. Многіе юристы перенесли это ошибочное воззрѣніе даже въ область гражданскаго права, гдѣ оно отнюдь не можетъ имѣть примѣненія.

4) Въ новѣйшее время, рядомъ съ абсолютною ничтожностью и простою отмѣняемостью сдѣлокъ, допустили третій, промежуточный видъ недѣйствительности, называемый *относительною* ничтожностью, то есть ничтожностью, установленною только въ пользу извѣстныхъ лицъ, которыя одни имѣютъ право ссылать-

ся на нее. Такое понятіе вполнѣ ложно: относительной ничтожности быть не можетъ, такъ какъ только отмѣняемость можетъ представляться чѣмъ-то относительнымъ. Такое ложное представленіе вытекло изъ того мнѣнія, будто единственнымъ средствомъ для оспариванія сдѣлокъ служатъ actio и exceptio; но такого процессуальнаго ограниченія вовсе не заключается въ понятіи отмѣняемости, мыслимой въ видѣ судебнаго или простаго внѣсудебнаго заявленія о недѣйствительности сдѣлки. Если же случаи, подобные указаннымъ, и встрѣчаются въ дѣйствительности, то въ нихъ слѣдуетъ признавать условную ничтожность; условно-ничтожною сдѣлкою будетъ напр. отчужденіе земельнаго участка, составляющаго приданое жены, praedium dotale. Условіе ничтожности сдѣлки можетъ быть также основано на частной волѣ, напр. при Lex commissoria.

Переходимъ къ матеріальной сторонѣ недѣйствительности сдѣлокъ.

Недѣйствительность эта можетъ быть *полною* или *частичною*. При частичной недѣйствительности наблюдается правило: utile per inutile non vitiatur [1]), то есть, что дѣйствительныя составныя части сдѣлки, при наличности нѣкоторыхъ недѣйствительныхъ частей, остаются въ своей силѣ. Это правило примѣняется впрочемъ только тогда, когда дѣйствительныя части сдѣлки вполнѣ самостоятельны и независимы отъ недѣйствительныхъ. При этомъ возможны два случая: 1) остающееся содержаніе сдѣлки представляетъ собою туже самую сдѣлку, что бываетъ при недѣйствительности лишь второстепенныхъ составныхъ ея частей; напр. дареніе свыше 500 солидовъ, совершенное безъ установленныхъ формальностей, дѣйствительно лишь въ количествѣ, не превышающемъ эту сумму; тоже должно сказать и по отношенію къ процентамъ, превышающимъ законный ростъ; 2) или же оно образуетъ новую сдѣлку, вслѣдствіе чего происходитъ conversio negotii. Для дѣйствительности такого перехода одной сдѣлки въ другую необходимо: a) чтобы объэктивные составные элементы (всѣ законныя условія) новой сдѣлки были на лицо и b) чтобы возникновеніе новой сдѣлки было согласно съ волею сторонъ. Иногда третьимъ условіемъ такой conversio является соотвѣтственное распоряженіе, устанавливающее этотъ переходъ одной сдѣлки въ другую, напр. при clausula codicillaris.

Сдѣлка можетъ быть недѣйствительною или съ самаго ея возникновенія, или же она дѣлается таковою уже впослѣдствіи по какимъ-либо привходящимъ причинамъ.

---

[1]) L. 1. §. 5. D. de V. O. (45, 1).

Послѣднее бываетъ въ томъ случаѣ, когда сдѣлка перестаетъ удовлетворять такому условію, которое, будучи необходимымъ не для одного ея возникновенія, но и для дальнѣйшаго ея существованія, должно быть постоянно на лицо; напр. нѣкто устанавляетъ на своемъ земельномъ участкѣ сервитутъ и затѣмъ отчуждаетъ самый участокъ, не передавъ права требованія, или напр. завѣщатель до своей смерти лишается права составлять завѣщаніе (testamentifactio); но такого дѣйствія не оказываетъ напр. послѣдующее сумасшествіе одного изъ контрагентовъ. Высказанныя въ L. 85. §. 1. D. de R. I. (50, 17), L. 3. §. 2. D. de his qu. pv. non scr. (34, 8) и въ L. 98. pr. D. de V. O. (45, 1) [1]) правила не противорѣчатъ другъ другу, а показываютъ лишь, что оба указанныя нами начала примѣняются къ различнымъ случаямъ.

Нѣкоторые юристы хотѣли признать молчаливое условіе: rebus sic stantibus, положивъ, что сдѣлка должна быть сочтена недѣйствительною, если обстоятельства были такого рода, что при нихъ вовсе не слѣдовало бы заключать ея. Это правило способно поколебать прочность всѣхъ юридическихъ сдѣлокъ вообще и потому оно, какъ пустая выдумка, давно оставлено [2]). Недѣйствительная сдѣлка можетъ наоборотъ сдѣлаться впослѣдствіи дѣйствительною, говоря технически, окрѣпнуть (convalescere). При простой спорности сдѣлки такое упроченіе ея возможно по самой природѣ вещей (см. выше), при ничтожности же оно собственно не возможно и встрѣчается только какъ чрезвычайно рѣдкое исключеніе, напр. когда земельный участокъ, назначенный въ приданое (praedium dotale), достается мужу. Сдѣлка можетъ наконецъ обратиться въ дѣйствительную вслѣдствіе утвержденія ея верховною властью, но это слѣдуетъ уже считать особою привилегіею. Истинное исправленіе сдѣлки

---

1) Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt.—Quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur.— Et maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea, quae recte constiterunt, resolvi putant, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere. L. 140. §. 2 eod. Cp. Savigny, System IV. §. 553 и сл.

2) При этомъ ссылались на такіе законы, которые ничего подобнаго не выражаютъ, напр. L. 38. pr. D. de solut. (46, 3):—Quum quis sibi aut Titio dari stipulatus sit, magis esse ait ut ita demum recte Titio solvi dicendum sit, si in eodem statu maneat, quo fuit, quum stipulatio interponeretur. Ceterum sive in adoptionem, sive in exilium ierit, vel aqua et igni ei interdictum, vel servus factus sit, non recte ei solvi dicendum: tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur, si in eadem causa maneat. Здѣсь рѣчь только о solutionis causa adiectus

имѣетъ всегда обратную силу. Отъ него впрочемъ слѣдуетъ отличать вторичное совершеніе той же сдѣлки съ избѣжаніемъ прежнихъ недостатковъ, не допускающее обратной силы.

D. О дареніяхъ.

1. Понятіе.

§ 68.

Особымъ классомъ сдѣлокъ представляются тѣ сдѣлки, предметомъ и цѣлью которыхъ служитъ отчужденіе, умаленіе имущества лица какою-нибудь составною частью его. Этотъ классъ сдѣлокъ нормируется нѣсколькими общими правилами по отношенію къ дѣеспособности, праву распоряженія и другимъ ограниченіямъ; такъ напр. совершеніе этихъ сдѣлокъ невозможно, когда у лица отнято право отчужденія и пр. Изъ этого класса, по своей особенной юридической природѣ, выдѣляется новая отрасль сдѣлокъ—акты щедрости вообще и дарственные акты въ частности. Въ положительномъ законодательствѣ есть нѣсколько такихъ постановленій, которыя исключительно примѣняются къ дарственнымъ сдѣлкамъ; это-тѣ ограниченія, которымъ подлежатъ даренія, какъ по вопросу о лицахъ, такъ и по отношенію къ суммѣ, дѣйствительности и прочности сдѣлокъ этого рода. Намъ поэтому необходимо точнѣе опредѣлить самое понятіе даренія.

Дареніе есть:

1) *Отчужденіе*, уменьшеніе имущества одного лица (дарителя) на какую-нибудь составную часть его и соотвѣтственное увеличеніе имущества другаго лица (одареннаго). Поэтому предоставленіе какого-либо имущества по завѣщанію не есть дареніе: завѣщатель продолжаетъ (до самой смерти) считаться субъэктомъ завѣщаннаго имущества и полнымъ хозяиномъ его. Дареніемъ скорѣе можно было бы назвать отказъ по завѣщанію [1]) но и тутъ завѣщатель умаляетъ, притомъ фиктивно, только будущее имущество (наслѣдство), субъэктомъ котораго онъ мыслится въ данную минуту, но которое, въ своихъ отдѣльныхъ составныхъ частяхъ, принадлежитъ непосредственно наслѣднику.

Простой (односторонній) отказъ отъ какой-нибудь имущественной выгоды, напр. отъ наслѣдства, отъ легата, отъ слѣ-

---

[1]) Напр. въ L. 36. D. de leg. II. (31): legatum est donatio testamento relicta (Modestin.).

дующихъ процентовъ, также нельзя считать дареніемъ, хотя эти дѣйствія имѣютъ нѣкоторый дарственный характеръ, именно если къ совершенію ихъ побуждаетъ animus donandi; поэтому и не могутъ быть примѣняемы къ нимъ основныя начала дареній; принявъ эти дѣйствія за дарственные акты, пришлось бы и самый отказъ отъ дара считать дареніемъ.

Но съ другой стороны всякое дѣйствительное отчужденіе можетъ быть дареніемъ, если къ нему привзойдутъ остальные элементы этого вида сдѣлокъ. Дареніе можетъ произойти,

A) вслѣдствіе перенесенія извѣстнаго права съ дарителя на одареннаго, напр. права собственности. Сдѣлкою, посредствомъ которой совершается дареніе, является здѣсь перенесеніе права собственности, дареніе же есть causa ея; сюда же относятся: rerum donatio, установленіе какого-либо jus in re, цессія обязательства.

B) вслѣдствіе отказа отъ какого-либо права въ пользу одареннаго, но безъ перенесенія на него этого права, напр. вслѣдствіе отказа собственника извѣстной вещи отъ jus in re, лежащаго на ней, вслѣдствіе отказа отъ требованія съ одареннаго или съ третьяго лица, но съ тѣмъ однако, чтобы одаренный воспользовался этимъ правомъ требованія.

C) вслѣдствіе принятія на себя дарителемъ какого-либо обязательства, именно посредствомъ выдачи росписки; это послѣднее дѣйствіе должно считать отчужденіемъ потому, что имущество, съ принятіемъ обязательства—заплатить извѣстную сумму, на самомъ дѣлѣ уже уменьшилось и должная сумма только номинально можетъ быть причисляема къ наличному имуществу должника. Въ этомъ случаѣ дареніе будетъ носить характеръ обязательства, договора; оно будетъ такъ называемымъ verpflichtender Vertrag и потому, для возникновенія права требованія, должно удовлетворять всѣмъ условіямъ договоровъ. (Это есть такъ наз. дарственное обѣщаніе, обязательство — Schenkungsversprechen, т. е. обѣщаніе или обязательство, заключающее въ себѣ дареніе, а не простое обѣщаніе—подарить).

Изъ всѣхъ этихъ видовъ дареній очевидно, что причислять дареніе къ обязательствамъ крайне ошибочно. При простѣйшей и естественнѣйшей формѣ даренія нѣтъ и помину о какомъ бы то ни было обязательствѣ. Дареніе есть способъ (causa) пріобрѣтенія всѣхъ имущественныхъ правъ и поэтому не принадлежитъ ни къ какому классу правъ въ особенности и вообще не можетъ быть отнесено къ ученію о правахъ.

2) *Отчужденіе безмездное*, то есть умаленіе имущества дарителя не только специфически, но и по стоимости его. Въ этомъ смыслѣ дареніе носитъ названіе liberalitas, актъ безкорыстнѣй-

шей щедрости (не всякая однако libelaritas есть дареніе). Поэтому дареніемъ не будетъ отдача чего-либо, вызванная извѣстной юридической обязанностью, напр. отдача долга. Окончательно совершеннымъ дареніемъ слѣдуетъ считать уже самое дарственное обѣщаніе, а не одно только его исполненіе. Donari videtur quod nullo jure cogente conceditur [1]). Напротивъ, въ актамъ щедрости вполнѣ подходитъ исполненіе какой-либо нравственной, а не юридической обязанности, поэтому актъ благодарности можетъ быть дареніемъ (donatio remuneratoria); но при этомъ необходимо, чтобы даритель смотрѣлъ на свое дѣйствіе именно какъ на щедрость (animus donandi см. ниже), а не какъ на возмездіе за услугу; послѣдній характеръ носитъ всегда щедрость, оказанная по отношенію къ спасителю жизни; здѣсь не могутъ быть примѣняемы основныя начала даренія; самый animus donandi, какъ безнравственный, не признается.

3) *Обогащеніе одареннаго*, дѣйствительное увеличеніе его имущества. Дареніе обусловливаетъ пріобрѣтеніе ex lucrativa causa (но не наоборотъ, не каждая lucrativa causa есть дареніе, напр. отказъ по завѣщанію, назначеніе наслѣдникомъ—не могутъ считаться дареніями). Нѣтъ такого даренія, которое не обогащало бы одареннаго (хотя въ обычной жизни таковымъ являлось дарованіе свободы). Собственно даренія нѣтъ, когда что либо дается въ замѣнъ полученнаго уже эквивалента. Назначеніе модуса не противорѣчитъ понятію даренія, но только уменьшаетъ сумму его, если состоитъ въ какомъ-либо пожертвованіи; только оставшееся за вычетомъ употребленнаго на исполненіе модуса слѣдуетъ считать подареннымъ.

4) *Намѣреніе дарителя обогатить* одареннаго, animus donandi, напр. лицо, продающее извѣстную вещь ниже дѣйствительной ея стоимости, можетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ проявить намѣреніе подарить; въ другихъ же случаяхъ такого намѣренія можетъ вовсе и не быть.

5) *Согласіе одареннаго* съ этимъ намѣреніемъ, *принятіе* имъ извѣстнаго имущества въ качествѣ дара. Дареніемъ напр. не будетъ принятіе чего-либо въ видѣ вознагражденія. Уплата кѣмъ-либо чужаго долга, хотя и освобождаетъ должника отъ лежащаго на немъ обязательства, однако она является дареніемъ только въ томъ случаѣ, когда должнику извѣстна уплата и онъ согласился принять ее, какъ даръ. Это условіе даренія можетъ быть выражено правиломъ: дареніе есть договоръ, такъ какъ въ основѣ его должно находиться согласованіе двухъ воль.

---

[1]) L. 29. pr. D. de donat. (39, 5).

Любопытенъ слѣдующій практическій вопросъ: учитель, отказывающійся отъ гонорарія 1) до принятія имъ на себя обязательства преподавать или 2) послѣ принятія его, совершаетъ ли тѣмъ самымъ дареніе?

Дареніе считается совершившимся (perfecta et absoluta donatio), когда дѣйствительно и безвозвратно произошло умаленіе имущества одной стороны и увеличеніе его у другой. Неоконченнымъ (imperfecta) дареніе будетъ тогда, когда означенный результатъ его поставленъ въ зависимость 1) или отъ суспензивнаго условія, въ каковомъ случаѣ результатъ этотъ, pendente conditione, вовсе не наступаетъ, 2) или отъ условія резолютивнаго, тогда результатъ даренія достигнутъ, но продолжительность такого отношенія между дарителемъ и одареннымъ остается неопредѣленною до разрѣшенія условія: дареніе можетъ быть отмѣнено (revocabel).

Такою imperfecta donatio всегда является дареніе на случай смерти (mortis causa), окончательное совершеніе котораго поставлено въ зависимость отъ смерти дарителя, будетъ ли это въ качествѣ суспензивнаго или резолютивнаго условія—все равно (см. ниже).

Дареніе inter vivos можетъ также быть imperfecta, такъ какъ и оно можетъ совершаться подъ разнаго рода условіями, кромѣ впрочемъ смерти дарителя.

2. Donatio inter vivos.

a. Условія дѣйствительности даренія.

§ 69.

Чтобы дареніе могло быть дѣйствительно, оно должно удовлетворять извѣстнымъ условіямъ, изъ которыхъ нѣкоторыя общи между дареніями и остальными юридическими сдѣлками, тогда какъ другія свойственны имъ однимъ. Къ первой категоріи должно причислить условія дѣйствительности 1) юридическихъ сдѣлокъ вообще, 2) отчужденій въ особенности, 3) еще частнѣе—актовъ щедрости; поэтому управители (Administatoren) чужими имѣніями, напр. повѣренные, опекуны, filiifamilias по отношенію къ peculium, даже и при libera administratio не могутъ дарить, хотя бы имъ и принадлежало право отчужденія. Исключеніе изъ этого правила можетъ встрѣтиться только тогда, когда самый споръ противъ извѣстнаго акта щедрости, совершеннаго хотя бы и лицомъ не вполнѣ управомоченнымъ, былъ бы contra bonos mores; наконецъ 4) условія дѣйствительности той юри-

дической сдѣлки въ особенности, которая въ данномъ случаѣ составляетъ corpus даренія, напр. условія перенесенія права собственности, установленія какого-либо jus in re, обязательственнаго договора. Въ послѣднемъ случаѣ по римскому праву была нужна стипуляція; Юстиніанъ же, въ видѣ исключенія, далъ право иска и безформенному договору (pactum nudum). Теперь уже это не можетъ представляться исключеніемъ.

Особыя условія, свойственныя даренію и всѣмъ юридическимъ сдѣлкамъ, подходящимъ подъ понятіе даренія, состоятъ въ извѣстныхъ ограниченіяхъ, которыя являются 1) или личными, donationes inter virum et uxorem (см. ниже § 425), 2) или же касаются суммы дара.

По закону Lex Cincia 550 u. c., неограниченное дареніе могло совершаться только извѣстнымъ, близкимъ дарителю лицамъ, родственникамъ (personae exceptae). Для дѣйствительности и юридической прочности другихъ случаевъ даренія необходимо было, 1) чтобы дареніе не превышало нѣкоторой (оставшейся намъ неизвѣстною) суммы и 2) чтобы оно совершалось въ опредѣленной формѣ (перенесенія права собственности, или [1]) права владѣнія). Кромѣ того даритель могъ всегда потребовать даръ обратно и дареніе только тогда считалось дѣйствительнымъ, когда онъ умиралъ, не предъявивъ требованія о возвращеніи дара (morte Cincia removetur) [2]). Это право было не разъ измѣняемо императорами и наконецъ исчезло навсегда.

Юстиніанъ уничтожилъ существовавшее отличіе дареній между родственниками отъ дареній между посторонними. Дареніе, по его законамъ, могло совершаться посредствомъ всѣхъ тѣхъ сдѣлокъ, предметомъ которыхъ служитъ отчужденіе имущества. Кромѣ того имъ уничтожены были всѣ формальности для совершенія даренія на сумму, не превышающую 500 солидовъ (1400 прусскихъ таллеровъ; тогда какъ до него предѣломъ было назначено для однихъ видовъ дареній 300 солидовъ, для другихъ—500, но потомъ для всѣхъ вообще дареній назначена эта послѣдняя сумма). Если сумма дара превышала этотъ maximum, то необходимо было совершить дареніе формальнымъ поряд-

---

[1]) Здѣсь необходимо употребить „перенесенія права собственности и права владѣнія“ на томъ основаніи, что одного перенесенія права собственности недостаточно, такъ какъ exceptio Cinciae или in factum препятствуетъ виндикаціи со стороны одареннаго; по той же причинѣ и перенесенное право владѣнія должно быть безпорочно по отношенію къ третьимъ лицамъ, иначе эти послѣднія имѣли бы преимущество въ спорѣ о владѣніи и одаренному, также какъ и въ первомъ случаѣ, оставалось бы безполезное petitorium. Прибавл. къ § 206. II т. Инстит. Пухты. *Прим. изд.*

[2]) Fr. vat. § 259. *Прим. изд.*

комъ (gerichtliche Insinuation). Безъ соблюденія установленныхъ формальностей дареніе, за извѣстными исключеніями (дареніе правителю и отъ него, дареніе для выкупа плѣнныхъ, для возобновленія разрушенныхъ строеній, назначеніе приданаго, если оно представляется дареніемъ женщинѣ) недѣйствительно на всю сумму, превышающую 500 солидовъ. Такъ какъ примѣненіе указаннаго закона на практикѣ могло бы въ нѣкоторыхъ случаяхъ возбудить сомнѣніе, то Юстиніаномъ особо разрѣшено:

1) Что нѣсколько послѣдовательныхъ дареній между одними и тѣми же лицами должно считать отдѣльными актами, такъ какъ и въ этомъ случаѣ достигается цѣль закона—недопустить необдуманныхъ, спѣшныхъ дареній на большія суммы.

2) При дареніи извѣстнаго ежегоднаго дохода можетъ случиться, что доходъ за одинъ годъ превосходитъ предѣльный maximum; здѣсь, конечно, сомнѣніе не мыслимо; или что онъ не превосходитъ 500 солидовъ (напр. въ случаѣ уменьшенія дохода, указаннаго въ первомъ случаѣ, до законнаго размѣра). Здѣсь необходимо принять во вниманіе слѣдующее: рента можетъ быть дарима или a) на извѣстное число лѣтъ; тогда сумма дара опредѣлится общей сложностью доходовъ за всѣ года; или b) навсегда и даже можетъ переходить къ наслѣдникамъ обѣихъ сторонъ; въ этомъ случаѣ неизбѣженъ крѣпостной порядокъ; или c) подаренная рента можетъ по условію переходить только къ наслѣдникамъ одной какой-либо стороны, или d) она дается безъ права перехода къ наслѣдникамъ сторонъ; въ этомъ случаѣ нѣтъ необходимости въ крѣпостномъ порядкѣ. Правила, выраженныя въ пунктахъ c. и d., представляются спорными вслѣдствіе неясности L. 34. §. 4. C. de donat. (8, 54). Естественнѣйшее объясненіе этого мѣста слѣдующее: крѣпостной порядокъ совершенія даренія требуется во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда оно переходитъ къ наслѣдникамъ, хотя бы одной какой-нибудь стороны. (Гораздо проще разрѣшился бы вопросъ, если признать, что таковое дареніе дѣйствительно лишь до тѣхъ поръ, пока общая сложность полученныхъ ежегодныхъ доходовъ не составитъ предѣльнаго maximum. Съ этого момента, въ случаѣ несовершенія даренія крѣпостнымъ порядкомъ, выдача ежегоднаго дохода прекращается).

b. Послѣдствія даренія.

§ 70 [1]).

Особенность даренія заключается въ томъ, что имущество, отчужденное подъ видомъ дара, можетъ, вслѣдствіе особыхъ причинъ, быть возвращено дарителю и самое дареніе отмѣнится (Widerruf). Такими причинами служатъ:

1) *Неблагодарность одареннаго*, проявляющаяся a) въ оскорбленіяхъ дѣйствіемъ, b) во всякаго другаго рода оскорбленіяхъ (даръ матери дѣтямъ не возвращается къ ней въ томъ случаѣ, когда оскорбленіе дѣтьми нанесено ей по вступленіи ея во второй бракъ), c) въ поставленіи дарителя въ опасное для жизни его положеніе, d) въ причиненіи дарителю значительнаго имущественнаго ущерба (по отношенію же къ mater binuba необходимо покушеніе на отнятіе всего ея имущества) и e) въ неисполненіи того, что обѣщано при принятіи дара (вовсе не примѣняется къ mater binuba). Искъ о возвращеніи дара есть actio in personam, имѣющій цѣлью одну vindicta (месть) и потому не переходящій на наслѣдниковъ истца и не обращаемый противъ наслѣдниковъ отвѣтчика.

2) *Послѣдующее рожденіе дѣтей*—при дареніи отъ бездѣтнаго патрона вольноотпущеннымъ.

Требованіе, возникающее изъ дарственнаго обѣщанія (Schenkungsversprechen), имѣетъ нѣкоторыя исключительныя послѣдствія: по отношенію къ evictio и порокамъ вещи (§ 362, 363); уплаты процентовъ за просрочку здѣсь не производится, а beneficium competentiae имѣетъ гораздо обширнѣйшее примѣненіе, чѣмъ въ другихъ случаяхъ (§. 244). Вопросъ о процентахъ за просрочку разрѣшался для римскихъ юристовъ изъ особыхъ основаній, именно изъ того, что совершеніе даренія требовало стипуляціи, а эта послѣдняя была contractus stricti juris [2]). Для насъ имѣетъ значеніе то соображеніе, что требованіе одареннымъ процентовъ за просрочку есть дѣйствіе contra bonos mores.

---

[1]) Изъ Пандектъ.

[2]) L. 22. D. de donat. (39, 5): Eum qui donationis causa pecuniam vel quid aliud promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere, summae aequitatis est, maxime cum in bonae fidei contractibus donationis species non deputetur.

c. Отдѣльные виды дареній.

§ 71.

Дареніе [1]), основнымъ мотивомъ котораго служитъ благодарность, называется *благодарственнымъ*, donatio remuneratoria. Обстоятельства лица могутъ быть такого рода, что оно отдаетъ извѣстную вещь другому лицу въ видѣ вознагражденія его за услугу, (хотя бы получатель и не имѣлъ юридически права требовать такого вознагражденія; въ этомъ случаѣ не будетъ истиннаго даренія. Во всѣхъ же другихъ случаяхъ дареніе, хотя бы и благодарственное, должно быть обсуждаемо по основнымъ началамъ истиннаго даренія. Допустить обратное представляется весьма опаснымъ, если принять во вниманіе, что большинство случаевъ даренія совершается лицамъ, которыя тѣмъ или другимъ способомъ пріобрѣли наше расположеніе. Поэтому совершенно неправильными представляются допускаемыя нѣкоторыми учеными отступленія отъ теоріи дареній и освобожденіе отъ тѣхъ ограниченій, которыми связанъ этотъ видъ сдѣлокъ. Отступленія эти они основываютъ на нѣкоторыхъ постановленіяхъ закона, которыя однако говорятъ не о дѣйствительныхъ, а только о мнимыхъ благодарственныхъ дареніяхъ [2]).

Donatio sub modo есть дареніе, сопровождаемое назначеніемъ извѣстнаго модуса для одареннаго. Назначеніе это должно происходить одновременно съ самимъ дареніемъ и не можетъ быть установлено впослѣдствіи по волѣ одного дарителя. Дарителю (равно и третьему лицу, заинтересованному въ его исполненіи, см. выше) предоставлено право иска объ исполненіи модуса и кромѣ того, въ случаѣ неисполненія, о возвращеніи всего дара, а не той только части, которая назначена для исполненія модуса [3]); право это осуществляется слѣдующими процессуальными средствами.

1) Condictio causa data non secuta, предоставляемая даже наслѣднику дарителя только по отношенію къ той части дара, которая назначена на выполненіе модуса, по отношенію къостальной части дара лишь на столько, насколько одаренный обогатился вслѣдствіе дара. Указанная condictio не имѣетъ мѣста, если modus не осуществился не по винѣ одареннаго.

---

[1]) Изъ Пандектъ.
[2]) L. 22. D. de donat. (39, 5) и др.
[3]) L. 3. 8. C. de cond. ob caus. (4, 6).

2) Vindicatio [1]), если модусомъ назначено было прокормленіе (alimentatio) дарителя.

3) Даритель имѣетъ самъ право на искъ о возвращеніи дара по неблагодарности, искъ личный, независимый отъ того, насколько отвѣтчикъ обогащенъ даромъ [2]). Это право онъ имѣетъ при неблагодарности всякаго рода [3]), хотя оно неосновательно отрицалось нѣкоторыми юристами. Однако если modus исполненъ, то употребленное на его выполненіе слѣдуетъ вычесть изъ требуемой обратно суммы дара.

Вообще же modus можетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ уменьшеніе цѣнности (Betrag) дара, а это имѣетъ вліяніе какъ на опредѣленіе суммы дара, при вопросѣ о необходимости совершенія даренія крѣпостнымъ порядкомъ, такъ и на требованіе возвращенія дара, вслѣдствіе несоблюденія этой формальности [4]). Нѣкоторые ученые безъ всякаго основанія хотѣли во что бы то ни стало исключить необходимость совершенія donatio sub modo крѣпостнымъ порядкомъ.

Donatio omnium bonorum есть дареніе, имѣющее своимъ предметомъ все наличное имущество дарителя. Такое дареніе не представляетъ собою универсальнаго преемства; слово *имущество* понимается здѣсь въ естественномъ смыслѣ, въ смыслѣ общаго обозначенія всѣхъ отдѣльныхъ цѣнностей, его составляющихъ, какъ будто бы онѣ были дѣйствительно перечислены. Одаренный есть successor singularis; дареніе осуществляется перенесеніемъ на одареннаго всѣхъ отдѣльныхъ правъ дарителя, или (когда это невозможно) перенесеніемъ ихъ осуществленія, напр. посредствомъ цессіи какого-либо обязатель-

---

1) L. 1. C. de donat. quae sub modo (8, 55).

2 Parbs, въ своей книгѣ Berichtigungen und Ergaenzungen zu Puchta's. Pandekten-Vorlesungen (1852) стр. 18 и 19, неправильно считаетъ необходимымъ прибавить слѣдующее: „на этотъ искъ наслѣдникъ дарителя не имѣетъ права въ томъ случаѣ, когда даритель умеръ, не предъявивъ actio revocatoria propter ingratitudinem, или когда самый искъ до смерти его не дошелъ до litis contestatio (?). Но даритель имѣетъ право обратиться съ искомъ къ наслѣдникамъ одареннаго, если послѣдній провинился предъ нимъ въ неблагодарности (?). Этотъ (?) искъ представляется такимъ образомъ въ высшей степени личнымъ, actio vindictam spirans.“ Если бы Пухта сдѣлалъ такую добавку, то онъ совершилъ бы три грубыя ошибки Ср. L. 7. 10. C. de revoc. don. (8 56), Савиньи, System IV. §. 169. *Прим. изд.*

3 Parbs ibid. неосновательно употребилъ „при обстоятельствахъ другаго рода §. 70.“ Здѣсь же авторомъ разумѣются случаи, указанные въ § 70 подъ 1 рубрикой отъ a—d. *Прим. изд.*

4) Parbs неправильно думаетъ исправить, употребивъ „вслѣдствіе неблагодарности.“ Авторъ же здѣсь имѣетъ въ виду несоблюденіе формальности при даренія. *Прим. изд.*

ства. Поэтому имущество разумѣется здѣсь за вычетомъ долговъ.

Крайне спорнымъ представлялся вопросъ, возможно ли дареніе будущаго имущества? Несомнѣнно, что подъ обыкновеннымъ дареніемъ оно вовсе tacite не разумѣется. Но можетъ ли дареніе прямо имѣть своимъ предметомъ будущее имущество?

Многіе отвѣчали на этотъ вопросъ отрицательно [1]), считая такое дареніе договоромъ о наслѣдствѣ (Erbvertrag), одновременно съ которымъ не можетъ быть назначенъ наслѣдникъ; они утверждали, что такое дареніе дѣйствительно только по нынѣшнему праву и притомъ именно въ смыслѣ договора о наслѣдствѣ. Намъ этотъ взглядъ кажется невѣрнымъ. Такое дареніе не есть договоръ о наслѣдствѣ, такъ какъ оно относится не къ universitas, а лишь къ отдѣльнымъ цѣнностямъ, входящимъ въ составъ имущества. По этой именно причинѣ при такомъ дареніи возможенъ истинный наслѣдникъ, чего отнюдь не могло бы быть, еслибы дареніе обнимало собою всю universitas. На основаніи же правилъ, выраженныхъ въ L. 119. D. de V. S. (50, 16): Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem; juris enim nomen est, sicuti bonorum possessio и въ L. 50. pr. D. de H. P. (5, 3): Hereditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet, слѣдуетъ признать, что рядомъ съ hereditas существуетъ и разсматриваемый видъ дареній—donatio omnium bonorum [2]). Такое дареніе возможно только посредствомъ обѣщанія; требованіе, отсюда истекающее, поглощаетъ все имущество,—что можетъ случиться и случается ежедневно по отношенію къ другимъ требованіямъ, препятствія дѣйствительности такихъ дареній должны бы заключаться въ donationis causa, но этого, конечно, нѣтъ.

Если далѣе возможно обязательство подарить одну какую-либо вещь, которую даритель имѣетъ еще пріобрѣсти въ будущемъ, или даже нѣсколько такихъ вещей, то почему же невозможно обѣщаніе всей совокупности будущихъ вещей, которыя лицо пріобрѣтетъ до своей смерти? Оно безъ сомнѣнія можетъ обѣщать отдать кому-либо всѣ тѣ цѣнности, которыя оно пріобрѣтетъ въ теченіи года; одаренный получитъ непремѣнно эти цѣнности, если даже даритель умретъ въ послѣдній день срочнаго года; отсюда необходимо вытекаетъ, что онъ можетъ прямо подарить все то, что имъ будетъ пріобрѣтено до смерт-

---

[1]) Между прочими и Савиньи System IV. §. 159.

[2]) Мнѣніе это основано на несомнѣнныхъ добавленіяхъ Parbs'a, cit. стр. 19; остальныя же его добавленія проистекли изъ недоразумѣнія.—*Прим. изд.*

наго часа. Поэтому дѣйствительность такого дареніа вовсе не зависитъ отъ дѣйствительности договора о наслѣдствѣ и не должна быть обсуждаема по началамъ этого послѣдняго.

3. Mortis causa donatio.

§ 72.

Дареніе [1]) на случай смерти есть дареніе, окончательное совершеніе котораго поставлено въ зависимость отъ смерти дарителя, quae morte donatoris confirmatur. Оно допускаетъ всегда отмѣну, отнятіе дара. Дареніе, мотивомъ котораго служитъ смерть (mortis causa въ *естественномъ* смыслѣ) не всегда есть donatio mortis causa въ *юридическомъ* смыслѣ. Отмѣняемость этого вида дареній можетъ быть въ извѣстныхъ случаяхъ ограничена.

1) Всякая mortis causa donatio поставлена въ зависимость отъ условія, что даритель умретъ прежде одареннаго.

2) При совершеніи этого вида даренія можетъ быть включено опредѣленіе, что если даритель переживетъ грозящую его жизни опасность, то дареніе уничтожается само собой.

3) Дареніе это можетъ быть совершено такимъ образомъ, что отмѣна его обусловливается лишь благополучнымъ исходомъ какой-либо другой угрожавшей дарителю опасности.

4) Дарителемъ можетъ быть удержано право произвольно до самого смертнаго часа отмѣнять дареніе. Это даже слѣдуетъ считать общимъ правиломъ.

Условіе, что даритель долженъ умереть прежде одареннаго, не отмѣнивъ даренія, можетъ быть поставлено въ формѣ суспензивнаго или резолютивнаго условія. Въ послѣднемъ случаѣ, пріобрѣтаемое одареннымъ право переходитъ къ нему при жизни дарителя путемъ traditio и пр. Когда же дареніе будетъ подлежать уничтоженію (вслѣдствіе смерти одареннаго или отмѣны даренія), то дарителю предоставляется право на vindicatio вещи; это право имѣетъ онъ впрочемъ не только при резолютивномъ, но и при суспензивномъ условіи. Въ томъ случаѣ, когда, вслѣдствіе особыхъ свойствъ объэкта или по другимъ причинамъ, невозможна vindicatio, то дарителю предоставляется condictio causa data non secuta (ненаступившая causa здѣсь— продолжительность воли), а также и actio in factum praescriptis verbis (искъ, основанный на принятіи дара съ обѣща-

---

[1]) Изъ Пандектъ.

ніемъ возвратить оный въ случаѣ перемѣны намѣренія дарителя). Посредствомъ этихъ исковъ можно требовать и возвращенія плодовъ, полученныхъ отъ дара за весь промежутокъ времени, но лишь на столько, насколько ими увеличилось богатство одареннаго лица. Дарственное mortis causa обѣщаніе не можетъ быть осуществлено посредствомъ иска обращеннаго къ дарителю, а осуществляется лишь предъявленіемъ иска къ наслѣдникамъ.

Этотъ [1]) видъ дареній имѣетъ большое фактическое сходство съ отказомъ и въ многихъ, весьма важныхъ отношеніяхъ сопоставляется съ нимъ (см. наслѣдственное право § 552); существенное различіе между ними заключается въ томъ, что дареніе mortis causa не представляется дачею чего-либо изъ наслѣдства и потому не предполагаетъ наслѣдственнаго перехода права отъ дарителя на одареннаго [2]).

Время, какъ условіе возникновенія и прекращенія юридическихъ сдѣлокъ.

А. Дѣйствіе времени.

§ 73.

Время имѣетъ въ правѣ троякое значеніе.

1) Нѣкоторыми періодами времени (Zeitabschnitt) обусловливается невозможность предпринятія извѣстныхъ юридическихъ дѣйствій. Таковы праздники, какъ церковные, такъ и гражданскіе—табели, feriae [3]). Праздники служатъ препятствіемъ къ совершенію судебныхъ актовъ, впрочемъ далеко не всѣхъ; препятствіе же это, кромѣ того, можетъ быть устранено согласіемъ

---

[1]) Изъ Пандектъ.

[2]) L. 38. D. eod:—mortis causa donatur, quod praesens praesenti dat.

[3]) Dig. II. 12: de feriis et dilationibus et diversis temporibus. Cod. III. 12: de feriis. Ср. X. II. 9: de feriis. Къ первымъ по юстиніановскому праву относятся воскресенья, двѣ недѣли Пасхи, Рождество, Крещеніе и Пятидесятница, во вторымъ дни жатвы и сбора винограда, 1-е января, дни основанія Рима и Константинополя, дни рожденія и вступленія на престолъ императора. Только къ перваго рода праздникамъ строго примѣняется правило о недозволеніи сти совершенія судебныхъ актовъ, хотя все таки допускаются многія исключенія для дѣлъ безспорныхъ, нетребующихъ предварительнаго слѣдованія, и др.—Изъ Пандектъ.

контрагентовъ. Церковные праздники служатъ помѣхой для actus contentiosae jurisdictionis; изъ актовъ же voluntariae jurisdictionis римское право исключаетъ отпущеніе на волю, эманципацію и мировыя сдѣлки. Каноническое право установляетъ правило, что праздники не могутъ служить препятствіемъ въ тѣхъ случаяхъ, когда просрочка въ совершеніи какого-нибудь дѣйствія можетъ повлечь за собой гибельныя послѣдствія для лица и когда исполняется какая-либо нравственная обязанность. Практика обыкновенно допускаетъ совершеніе въ праздникъ даже всѣхъ actus jurisdictionis voluntariae merae. Гражданскіе праздники служатъ только препятствіемъ для actus contentiosae jurisdictionis, причемъ здѣсь также допускаются исключенія для тѣхъ случаевъ, когда просрочка въ совершеніи акта можетъ быть гибельна для лица, и для исковъ, предъявляемыхъ казною (fiscus).

2) Другіе періоды времени назначаются для совершенія извѣстныхъ дѣйствій; это—сроки (Termine und Fristen), опредѣляемые по календарному счисленію; таковы напр. сроки, назначаемые для исполненія извѣстныхъ процессуальныхъ дѣйствій, сроки для оплаты акцій.

3) Наконецъ, вслѣдствіе истеченія извѣстныхъ періодовъ времени, при продолженіи опредѣленнаго состоянія, или при сохраненіи опредѣленнаго положенія вещей, измѣняются права или фактическія отношенія, обусловливающія тѣ или другія юридическія послѣдствія; таково напр. измѣненіе возраста вслѣдствіе продолжительности жизни, измѣненіе права собственности вслѣдствіе продолжительности владѣнія, потеря какого-либо права вслѣдствіе промедленія въ его осуществленіи.

Подъ это послѣднее дѣйствіе времени подходятъ тѣ юридическіе институты, которые разумѣются подъ однимъ общимъ именемъ давности (Verjaehrung) и которые представляютъ собою измѣненіе въ правахъ вслѣдствіе ихъ осуществленія или неосуществленія въ теченіи извѣстнаго времени (это понятіе весьма часто и вполнѣ ошибочно обозначили римскимъ терминомъ praescriptio; эта ошибка встрѣчается уже въ каноническомъ правѣ). Новѣйшіе юристы употребляютъ этотъ терминъ только для случаевъ, основанныхъ на положительномъ законѣ, такъ назыв. praescriptio legalis; древнѣйшіе же говорятъ и о praescriptio conventionalis, testamentaria, judicialis.

По времени эти юристы различаютъ praescriptio definita и indefinita (незапамятное время); по послѣдствіямъ—praescriptio adquisitiva и exstinctiva (пріобрѣтающую и погашающую давность), такъ какъ измѣненіе въ юридическихъ отношеніяхъ вслѣдствіе истеченія извѣстнаго времени состоитъ или въ при-

обрѣтеніи или въ утратѣ права. Въ большинствѣ случаевъ и то и другое послѣдствія совпадаютъ, напр. при usucapio одно лицо (узукапіентъ) пріобрѣтаетъ право собственности, а другое (прежній собственникъ) теряетъ его; при исковой давности лицо, имѣющее право иска, теряетъ его, а отвѣтчикъ пріобрѣтаетъ новое право, которымъ онъ и защищается въ случаѣ предъявленія иска. Слѣдуетъ однако различать, какое изъ этихъ двухъ послѣдствій является преобладающимъ при конструкціи даннаго института. Praescriptio adquisitiva въ свою очередь распадается на praescriptio constitutiva, напр. давностное пріобрѣтеніе сервитутута, и на translativa, напр. давностное пріобрѣтеніе права собственности.

Противъ такого обыкновенія называть однимъ терминомъ praescriptio давностное пріобрѣтеніе права собственности и сервитутовъ, usucapio libertatis, non usus, исковую давность и проч., можно возразить, что оно совершенно излишне, такъ какъ не вызвано никакой существенною необходимостью. Впослѣдствіи, для этого термина старались найти извѣстное юридическое понятіе и стали считать давность совершенно особымъ юридическимъ институтомъ, тогда какъ въ сущности это есть произвольное собирательное имя для нѣсколькихъ, вполнѣ различныхъ юридическихъ институтовъ. Съ этой цѣлью всѣ институты были подведены подъ одну общую точку зрѣнія, подчинены извѣстному числу искусственно-созданныхъ правилъ, перемѣшаны между собой, послѣдствіемъ чего и явились многія грубѣйшія ошибки. Съ такимъ же точно основаніемъ можно было бы соединить во едино всѣ измѣненія въ правахъ, производимыя юридическими дѣйствіями, назвать эту совокупность ихъ какимъ-нибудь терминомъ и все это считать институтомъ, въ который входили бы: traditio, occupatio, договоры, delicta, завѣщанія и проч.

Въ интересахъ науки и даже самаго права необходимо вовсе отказаться отъ общаго понятія praescriptio (Verjaehrung) и просто избѣгать этого слова, порождающаго такую путаницу. Правильное ученіе о давности будетъ изложено нами между прочимъ въ слѣдующихъ параграфахъ.

В. Періоды времени (Zeitabschnitte).

§ 74.

Періоды [1]) времени (годы, мѣсяцы, недѣли, дни, часы, минуты и т. д.) фигурируютъ въ правѣ или отдѣльно, въ смыслѣ извѣстныхъ промежутковъ времени, заключающихся въ каждомъ изъ нихъ (Zeittheile), или же въ смыслѣ долей какого-либо большаго промежутка времени, выражаемаго числомъ этихъ долей (Zeitraum). Опредѣленіе періодовъ времени въ большинствѣ случаевъ, въ которыхъ оно юридически важно, совершается обыкновенно по календарю и не требуетъ особыхъ свѣдѣній, или употребленія какихъ либо сложныхъ инструментовъ. По введенному Юліемъ Цезаремъ, въ 709 году отъ построенія Рима, во всеобщее употребленіе календарю, годъ представляется пространствомъ времени, состоящимъ изъ 365, а иногда (високосный годъ) изъ 366 дней. При счетѣ съ какого-нибудь произвольнаго числа, годъ всегда считается въ 365 дней и день високоса не принимается въ разсчетъ [2]).

Мѣсяцъ есть пространство времени, состоящее изъ 28 (29), 30 и 31 дня; при счетѣ съ какого-нибудь произвольнаго числа, мѣсяцъ принимается всегда за 30 дней, такъ что 2 мѣсяца=60 днямъ, 6 мѣс.=180 дн. Шрадеръ [3]) думалъ, что лишь одинъ мѣсяцъ можно считать за 30 дней, но при счетѣ въ 2, 3 и болѣе мѣсяцевъ, каждый мѣсяцъ является уже двѣнадцатою долею года, такъ что, отбросивъ мелкія дроби, получается, что 2 мѣсяца=61 дню, 6 мѣсяцевъ=182 днямъ. Это мнѣніе основано на двухъ законоположеніяхъ римскихъ источниковъ, которыя нѣкоторыми юристами приводятся въ его подтвержденіе. Тридцатидневный же счетъ, какъ намъ кажется, удостовѣряется многими законами [4]).

Кажущимися отступленіями отъ такого исчисленія мѣсяцевъ являются: 1) L. 101. D. de R. J. (50, 17) [5]). По поводу этого правила нерѣдко высказывали мнѣніе, будто къ срокамъ,

---

[1]) Изъ Пандектъ.

[2]) L. 98. D. de V. S. (50, 16), L. 3. §. 3. D. de minor (4, 4).

[3]) Schrader, civilistische Abhandlungen, II. 3. (1816).

[4]) L. 40. D. de reb. cred. (12, 1), L. 11. §. 6., L. 29. §. 5. D. ad l. Iul. de adult. (48,8), L. 22. §. 2. 11. C. de jure delib. (6,30), Nov. 115. c. 2. Paul. sent. IV. 9,5.

[5]) Ubi lex duorum mensium facit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus est, ita enim et imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit.

обусловливающимъ потерю правъ, прибавляется одинъ день. Но это мнѣніе представляется болѣе чѣмъ сомнительнымъ уже въ виду одного греческаго перевода цитированнаго правила [1]). Для правильнаго пониманія какъ этого, такъ и другихъ подобныхъ правилъ необходимо помнить слѣдующее замѣчаніе относительно счисленія древнихъ Римлянъ. Употребленіе ими количественныхъ числительныхъ нисколько не отличается отъ нашего, но при счетѣ порядковомъ замѣчается рѣзкое различіе. Они двояко выражаютъ время порядковыми числительными: 1) или присоединяя (Mitzaehlung) исходный моментъ; напр. tertio quoque die значитъ черезъ день, quinto quoque anno— черезъ каждые четыре года: 2) или не присоединяя его напр. quarto quoque anno. Первый способъ былъ общеупотребительнымъ и потому долженъ быть принимаемъ во всѣхъ сомнительныхъ случаяхъ (совсѣмъ другой вопросъ о принятіи въ счетъ срока (Mitrechnung) того дня, въ который приходится начало его).

Итакъ если съ сегоднишняго дня приходится отсчитать два дня, то не принимая нынѣшній день въ счетъ срока, но причисляя его (mitzaehlen) къ двумъ срочнымъ днямъ, придется послѣдній срочный день назвать третьимъ; если бы нужно было отсчитать 60 дней, то послѣдній день срока будетъ 61-ымъ. Таковъ смыслъ L. 101 cit., по которой два мѣсяца=60 днямъ и начальный день срока къ нему не присчитывается. Указанная цитата содержитъ въ себѣ собственно 2 правила: 1) 2 мѣсяца равны 60 днямъ и 2) первый день не долженъ быть присчитываемъ къ сроку (см. слѣд. §). Упомянутый въ примѣчаніи греческій переводчикъ опустилъ второе правило, вполнѣ вѣрно передавъ первое. Утверждать же напротивъ, что 2 мѣсяца = 61 дню было бы совершенно невѣрно [2]).

2) L. 12. D. de statu hom. и L. 3. §. 12. D. de suis et leg. [3]) указываютъ, что 182-й день послѣ брака считался равнымъ началу

---

[1]) Въ сочиненіи такъ называемаго Евстафія *περὶ χρόνων καὶ προθεσμιῶν*.

[2] Huschke, Zeitschrift f. Civilr. u. Pr. Нов. сер. II, стр. 168, старается пособить бѣдѣ замѣною слова primo числительнымъ postremo, желая тѣмъ выразить „въ послѣднихъ частяхъ шестидесятаго дня", такъ какъ начальный день срока всегда, даже самимъ Павломъ, L. 134. D. de V. S. (50,16), считается первымъ его днемъ. Но такое мнѣніе Хушке не выдерживаетъ самой поверхностной критики. *Прим. изд.*

[3]) L. 12. D. de statu hom. (1,5): Septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis; et ideo credendum est, eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse.—L. 3. §. 12. D. de suis et leg, (38,16): De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et Divus Pius pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum, nec videri in servitute conceptum, quum mater ipsius ante centesimum octogesimum diem esse manumissa.

седьмаго мѣсяца его. Эти цитаты отнюдь не говорятъ въ пользу счисленія Шрадера, по которому 6 мѣсяцевъ равнялись бы 182 днямъ. Но 6 мѣсяцевъ не равняются и 181 дню потому, что если первымъ днемъ принять день совершенія брака (и возможнаго зачатія), то 180 дней истекутъ на 181-ый день, но полныхъ 180 дней можно будетъ считать лишь на 182-ой день. Итакъ 6 мѣсяцевъ=180 днямъ, причемъ день заключенія брака не считается полнымъ днемъ.

Указанныя правила счисленія по годамъ и частямъ года лежатъ въ основѣ всѣхъ назначаемыхъ римскими законами сроковъ, которые и должны быть поэтому исчисляемы вышеизложеннымъ способомъ. Въ случаѣ же назначенія срока въ договорѣ, напр. въ векселѣ, все будетъ зависѣть отъ намѣренія контрагентовъ; при сомнѣніи же рѣшительное значеніе имѣетъ обычай. Срокъ „черезъ мѣсяцъ" весьма часто принимается въ смыслѣ „въ тоже самое число слѣдующаго мѣсяца". Точно также разсчитываются мѣсячные сроки для процессуальныхъ дѣйствій въ большинствѣ судовъ. День (сутки) равняется 24 часамъ; календарный день, dies civilis, начинается и кончается въ полночь (у Римлянъ счетъ часовъ начинался съ восхода и захода солнца, такъ что полдень и полночь считались шестымъ часомъ). Въ смыслѣ же переходящей единицы времени съ извѣстнаго часа одного дня до того же часа другаго дня, день, по общему правилу, не употребляется, такъ какъ обыкновенно часы не берутся въ разсчетъ и дни принимаются въ смыслѣ недѣлимыхъ долей времени; но объ этомъ въ слѣдующемъ параграфѣ.

С. Исчисленіе времени.

1. Гражданское исчисленіе.

§. 75.

Исчисленіе всякаго промежутка времени основывается на двухъ моментахъ. 1) на опредѣленіи его объема, то есть суммы отдѣльныхъ долей времени, его составляющихъ; чѣмъ мельче эти доли, тѣмъ самое исчисленіе можетъ быть точнѣе, и 2) на примѣненіи этого опредѣленія къ данному случаю, на сравненіи даннаго промежутка времени съ предписаннымъ въ законѣ. Оно должно состоять изъ опредѣленія a) начальнаго момента промежутка, напр. начала возникновенія права иска, b) конечнаго момента, напр. предъявленія иска, и c) того, ра-

венъ ли промежутокъ времени между этими двумя моментами предписанному законами сроку.

Эти исчисленія предполагаютъ существованіе извѣстной единицы времени (Zeitmesser), которою мы опредѣляемъ части извѣстнаго (конкретнаго) времени, чтобы имѣть возможность сравнить сумму этихъ частей съ суммою установленною въ законѣ.

Годность и удобство этой единицы времени будетъ зависѣть отъ тѣхъ долей, на которыя разбивается данный періодъ времени и которыми опредѣляется начало и конецъ его. Чѣмъ меньше эти доли, тѣмъ точнѣе будетъ самая единица времени, за то и тѣмъ искусственнѣе, дороже и менѣе доступною для общаго употребленія, таковы напр. секунды, терціи. Ввести въ употребленіе такія мелкія единицы не было бы возможности потому, 1) что нельзя сдѣлать такое измѣреніе времени общедоступнымъ и 2) что въ большинствѣ случаевъ невозможно съ точностію опредѣлить начальный и конечный моменты каждаго періода. Такое тщательное опредѣленіе сроковъ въ юридическомъ быту представляется даже безцѣльнымъ, такъ какъ промежутки времени, установляемые закономъ, обыкновенно произвольной величины и могутъ быть опредѣляемы различнымъ образомъ, а поэтому важно не математически точное измѣреніе, но по возможности постоянно равномѣрное. Необходима единица времени не безусловно точная, а равномѣрная, дающая при всякомъ исчисленіи однообразные результаты, и кромѣ того общедоступная.

Для такого исчисленія служитъ календарное дѣленіе времени, гдѣ мельчайшею единицею является день, считая отъ полуночи до полуночи, dies civilis. Календарный день лежитъ въ основѣ юридическаго, *гражданскаго* исчисленія времени, Civilcomputation, ad dies numerare. День принимается здѣсь за нераздѣльную единицу. Каждый срокъ, опредѣляемый закономъ, состоитъ изъ извѣстнаго числа календарныхъ дней (а не часовъ или минутъ); при опредѣленіи начала его обращаютъ вниманіе на тотъ день, (обыкновенно опредѣляемый съ достаточною достовѣрностью), а не на часъ или минуту, въ который что-либо произошло, и съ этого дня должно пройти столько дней, сколько ихъ заключается въ назначенномъ срокѣ. Исчисленіе же времени посредствомъ мельчайшихъ единицъ называется *естественнымъ*, Naturalcomputation, a momento ad momentum, ad momenta temporum. Юридическое исчисленіе принимаетъ день за мельчайшую единицу времени, естественное же—за цѣлый періодъ времени, состоящій въ свою очередь изъ болѣе мелкихъ долей.

Юридическое исчисленіе времени есть счетъ ad dies, при которомъ болѣе мелкія единицы не принимаются во вниманіе.

Поэтому вполнѣ равносильно, приходится ли начало извѣстнаго событія въ первый или въ послѣдній часъ дня. Изъ нераздѣльности дня, какъ единицы времени, вытекаетъ правило: dies cœptus habetur pro completo (а не excesso). (При математическомъ исчисленіи также все равно, совершается ли извѣстное явленіе въ началѣ или въ концѣ секунды).

Необходимо однако замѣтить слѣдующее важное различіе.

1) Начальный день извѣстнаго періода времени въ нѣкоторыхъ случаяхъ присчитывается къ сроку и, для истеченія сего послѣдняго, достаточно того, чтобы послѣдній день только начался. Послѣднимъ днемъ срока будетъ поэтому день предшествующій тому, который слѣдовало бы признать конечнымъ по естественному счисленію; если напр. начальнымъ днемъ было 1-ое января, то послѣдній день, при годичномъ срокѣ, будетъ 365 ый день, то есть 31-ое декабря, поэтому срокъ истекаетъ въ полночь съ 30 на 31 декабря. Технически это выражается такимъ образомъ: необходимо истеченіе срочнаго періода времени (Vollendung), но нѣтъ необходимости въ переходѣ за его границу (Ueberschreitung), срокъ долженъ быть completum, а не excessum. Указанное различіе особенно важно при юридическомъ исчисленіи, такъ какъ мельчайшими долями въ немъ являются дни; еслибы таковыми были часы, то это различіе имѣло бы меньше значенія, наконецъ оно не имѣло бы его вовсе при счетѣ секундами, гдѣ трудно разграничить точное соблюденіе срока отъ перехода за его границу.

Такой способъ исчисленія употребляется въ томъ случаѣ, когда съ продолженіемъ извѣстнаго положенія въ теченіи нѣкотораго періода времени, связано пріобрѣтеніе чего-либо. Условіемъ здѣсь постановляется, чтобы данное положеніе вещей продолжалось въ теченіи опредѣленнаго числа дней; оно уже должно быть признано продолжавшимся въ послѣдній день срока, если только оно существовало хотя въ теченіи одной минуты послѣдняго дня, такъ какъ эта минута равна по значенію цѣлому дню. Примѣрами такого исчисленія срока въ положительномъ правѣ служатъ: anniculus, usucapio, совершеннолѣтіе для отпущенія на волю, для совершенія завѣщаній [1]). Нѣкоторые юристы [2]) ошибочно признаютъ, что послѣднимъ днемъ срока будетъ тотъ, который придется по естественному исчисленію. Такимъ образомъ произойдетъ смѣшеніе юридическаго исчисле-

---

[1]) L. 134. D. de V. S. (50, 16), L. 6, 7. D. de usurp. (41, 3), L. 1. D. de manum. (40, 1), L. 5. D. qui testam (28, 1).

[2]) Между прочими Savigny, System IV. §. 182—188.

нія съ естественнымъ и самое опредѣленіе сроковъ изъ строго опредѣленнаго сдѣлается вполнѣ произвольнымъ. Вопросъ разрѣшается по числу дней, заключающихся въ срокѣ. Кромѣ того указанное мнѣніе противорѣчитъ положительному праву, особенно L. 5. D. qui test. [1]).

Мнѣніе это опирается главнымъ образомъ на то, что указанное нами исчисленіе представляетъ слишкомъ большое отступленіе отъ обыкновеннаго счета; такаго отступленія боятся, какъ будто бы оно можетъ имѣть значеніе при произвольности самаго назначенія сроковъ. Затѣмъ основою его служитъ цитата Геллія [2]), опредѣлявшаго срочный годъ usus'а, необходимаго для установленія manus надъ женою, такимъ образомъ, что если началомъ его было 1-е января, то конецъ приходился въ полночь съ 31-го декабря на 1-е января. Здѣсь однако нѣтъ отступленія отъ указаннаго нами правила исчисленія, такъ какъ весь вопросъ зависитъ отъ того, должны ли быть къ данному случаю примѣнены начала исчисленія сроковъ для пріобрѣтенія или для потери правъ (см. ниже).

2) Въ нѣкоторыхъ случаяхъ послѣдній день срока долженъ истечь сполна, необходимъ переходъ за его границу. Такое исчисленіе имѣетъ мѣсто, когда послѣдствіемъ истеченія срока является потеря права вслѣдствіе непользованія имъ. Только послѣ истеченія всего послѣдняго дня, можно сказать, что пропущенъ срокъ для осуществленія права. Примѣняется это счисленіе при исковой давности и при другихъ срокахъ, назначаемыхъ для совершенія извѣстныхъ дѣйствій [3]). Разсуждая строго послѣдовательно, не слѣдовало бы принимать въ разсчетъ тотъ день, въ который приходится начальное событіе, напр. возникновеніе права иска, такъ какъ отъ этого событія должно пройти опредѣленное число полныхъ дней непользованія этимъ правомъ, а таковымъ собственно нельзя считать означенный первый день. Но такая послѣдовательность не всегда соблюдается въ нашихъ

---

1) L. 5. D. qui testam. (28, 1): A qua ætate testamentum vel masculi, vel feminæ facere possunt, videamus. Verius est in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecim completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complesse? Propone aliquem calendis januariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quarto decimo anno, an valeat testamentum? Dico valere. Plus arbitror, etiam si pridie calendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum, jam enim complesse videtur annum quartum decimum, ut Marciano videtur.

2) Gell. noct. att. III, 2. Ср. прилож. IV.

3) L. 6. D. de O. et A. (44, 7), L. 1. §. 9. D. de succ. ed. (38, 9). L. 30 §. 1. D. ad. l. Iul. de adult. (48, 5).

законахъ. (Большую ошибку дѣлаютъ тѣ юристы, которые считаютъ указанное во 2-й рубрикѣ примѣненіе юридическаго исчисленія за счисленіе естественное) [1]).

Естественное исчисленіе времени встрѣчается только въ одномъ случаѣ, именно при опредѣленіи несовершеннолѣтія (въ виду in integrum restitutio), при чемъ прямая выгода лица, чтобы совершеннолѣтіе его наступало возможно позже [2]).

Неоднократно былъ предлагаемъ вопросъ, какъ слѣдуетъ исчислять время въ случаяхъ, прямо неразрѣшенныхъ въ законѣ? Многіе думали, что за общее правило должно быть принято естественное исчисленіе и что исчисленіе гражданское есть только исключеніе. Но это вполнѣ невѣрно. Юридическое исчисленіе основано на юридической потребности, поэтому то именно и должно быть признано примѣненіе его ко всѣмъ юридическимъ отношеніямъ за общее правило.

Необходимость въ естественномъ счисленіи можетъ встрѣтиться по отношенію къ тѣмъ срокамъ, которые опредѣляются частными распоряженіями; напр. срокъ „черезъ сорокъ восемь часовъ" относится къ естественному счисленію, то-есть намѣренія распорядителя ограничены извѣстнымъ количествомъ часовъ. Далѣе напр., когда идетъ рѣчь о машинѣ, которая въ теченіи извѣстнаго времени должна произвесть опредѣленную работу, то даже минуты и секунды могутъ имѣть важное значеніе.

Законъ, опредѣляющій, что способность къ занятію почетныхъ должностей въ городахъ пріобрѣтается съ достиженіемъ 25 лѣтъ, представляетъ собою нѣкоторую особенность [3]): въ этомъ случаѣ достаточно начала 25 года. Законъ этотъ, относясь къ области государственнаго права, не имѣетъ значенія въ правѣ гражданскомъ. Совсѣмъ инымъ представляется тотъ законъ, что annua legata пріобрѣтаются съ началомъ года [4]); онъ, не будучи послѣдствіемъ какого-либо отдѣльнаго способа исчисленія времени, имѣетъ свои особыя основанія.

Скажемъ нѣсколько словъ о високосномъ днѣ [5]).

---

[1]) Какъ опредѣлять срокъ, обусловливающій для одного лица пріобрѣтеніе права, а для другаго потерю его, напр. срокъ при usucapio? Консеквентно слѣдовало бы признать, что первый пріобрѣтаетъ право съ самаго начала конечнаго дня срока; второму же должно бы до конца этого дня предоставить возможность возвратить себѣ право посредствомъ usurpatio; нѣкоторый слѣдъ такого разрѣшенія вопроса находимъ мы въ L. 6. 7. D. de usurp. (41, 3), см. дополненіе къ IV прилож. Но примѣненіе его въ Юстиніановскомъ правѣ, равно и въ нынѣшнемъ весьма сомнительно. *Прим. изд.*

[2]) L. 3. §. 3. D. de minor. (4, 4).

[3]) L. 8. D. de munerib. (50, 4).

[4]) L. 5. 8. 22. D. de annuis leg. (33, 1).

[5]) Ср. прил. V.

1) Если день високоса приходится въ срединѣ извѣстнаго промежутка времени, то онъ, вмѣстѣ съ предшествующимъ днемъ, образуетъ одинъ dies civilis и потому не принимается въ разсчетъ, biduum pro uno die habetur, вслѣдствіе чего tempus augetur. Такъ бываетъ при срокахъ, назначенныхъ въ законѣ. Въ случаѣ же назначенія срока по волѣ частныхъ лицъ, напр. при lex commissoria и неуплатѣ цѣны вещи въ теченіи 30 дней, високосный день не присчитывается, такъ какъ нельзя предположить, чтобы стороны имѣли въ виду указанное нами календарное правило [1]).

2) Если високоснымъ днемъ начинается или оканчивается извѣстный періодъ времени, то исчисленіе остается тоже (dies intercalaris есть просто dies adventicius). Такъ, первымъ днемъ usucapio, начинающейся 24-го февраля високоснаго года, будетъ 25-ое февраля. Исковая давность, обыкновенно истекающая 24 числа, въ високосномъ году длится до 25-го. День рожденія ребенка, появившагося на свѣтъ 24 или 25 февраля високоснаго года, придется какъ въ простомъ, такъ и въ високосномъ году 25 февраля; если же ребенокъ родился 24 февраля простаго года, то въ високосномъ году днемъ его рожденія будетъ 25 февраля.

Изложенныя правила должны быть примѣняемы и въ настоящее время, такъ какъ у нѣмцевъ принципъ високоса тотъ же, что и у римлянъ. Особая нумерація этого дня въ наше время не имѣетъ значенія; это—простое различіе въ названіи. Кромѣ того, измѣняя исчисленіе времени ради високоса, мы безполезно запутали бы дѣло тѣмъ, что срокъ напр. тридцатилѣтней давности, заключающій въ себѣ 7 или 8 високосныхъ годовъ, истекалъ бы семью или осмью днями раньше.

2. Utile tempus.

§ 76.

Continuum tempus называется время, состоящее изъ совокупности послѣдовательныхъ, связанныхъ между собою моментовъ, при исчисленіи котораго принимаются въ разсчетъ всѣ дни безъ исключенія. Отступленіе представляетъ тотъ случай, когда теченіе времени на болѣе или менѣе долгій срокъ прекращается, но все таки не считается прерваннымъ, напр. при покоющейся давности.

---

[1]) L. 2. D. de div. temp. praescr. (44, 3).

Utile tempus есть время, при исчисленіи котораго принимаются въ разсчетъ извѣстныя обстоятельства, препятствующія совершенію юридическихъ дѣйствій, такъ что считаются только тѣ дни, въ которыхъ нѣтъ этихъ препятствій. Благодаря такому счету, величина срока можетъ быть значительно расширена, напр. годичный срокъ можетъ сдѣлаться четырехгодичнымъ, если въ теченіе этихъ четырехъ лѣтъ можно насчитать лишь 365 безпрепятственныхъ дней.

Употребленіе tempus continuum есть общее правило; tempus utile является исключеніемъ. Это исключеніе никогда не примѣняется при исчисленіи сроковъ, назначенныхъ для пріобрѣтенія права, а также и для потери его вслѣдствіе несовершенія какихъ-либо дѣйствій, лишь бы не судебныхъ; далѣе—при исчисленіи сроковъ, превышающихъ одинъ годъ, такъ что оно имѣетъ мѣсто только въ томъ случаѣ, когда срокъ положительно опредѣленъ въ законѣ, а не установленъ для какого-нибудь отдѣльнаго случая, напр. въ срокахъ судебныхъ.

Примѣненіе tempus utile опредѣляется слѣдующимъ общимъ правиломъ: оно имѣетъ мѣсто въ срокахъ до одного года и меньше, назначенныхъ для совершенія судебныхъ дѣйствій.

Препятствія, обусловливающія исключеніе того или другаго дня изъ срока, бываютъ трехъ родовъ; они заключаются: 1) въ самомъ характерѣ того дѣйствія, которое должно быть совершено и которое не допускаетъ совершенія его въ этотъ именно день; 2) въ необходимости присутствія другаго какого-либо лица; 3) въ томъ особомъ положеніи (напр. отсутствіе или болѣзнь), въ которомъ находится дѣйствующее лицо, если только невозможно будетъ совершеніе даннаго дѣйствія чрезъ представителя.

Принятіе въ разсчетъ незнанія возможности совершенія дѣйствія въ данное время не принадлежитъ къ особымъ свойствамъ tempus utile; такое снисхожденіе можетъ быть или предписано или запрещено (послѣднее есть, конечно, общее правило) какъ при tempus utile, такъ и при tempus continuum.

Такое ошибочное и напрасное обсужденіе позднѣйшими юристами значенія невѣдѣнія свойствъ даннаго дня повлекло за собой подраздѣленія: на tempus utile ratione initii et cursus (tempus utile съ принятіемъ въ разсчетъ невѣдѣнія), utile ratione cursus, continuum ratione initii (tempus utile безъ такого снисхожденія), utile ratione initii, continuum ratione cursus (tempus continuum съ принятіемъ въ разсчетъ невѣдѣнія) и continuum ratione initii et cursus (tempus continuum безъ такого снисхожденія).

D. Незапамятное время.

§ 77.

Доказать возникновеніе права тѣмъ труднѣе, чѣмъ больше времени прошло съ этого момента, такъ-что само продолжительное существованіе извѣстнаго права могло бы обусловить невѣрность, непрочность пользованія имъ; это приводитъ насъ къ необходимости допустить, при извѣстныхъ условіяхъ, замѣну доказательства правомѣрнаго возникновенія права извѣстною продолжительностью его осуществленія; условія же эти поставляются такимъ образомъ, чтобы ими устранялась возможность противозаконнаго захвата права (usurpatio) въ далекомъ будущемъ. Чѣмъ короче бытіе извѣстнаго права, тѣмъ строже должны быть соблюдаемы эти условія (напр. требованіе юридическаго титула для его осуществленія), чѣмъ дольше оно, тѣмъ меньшаго соблюденія этихъ условій нужно требовать. Такою замѣною доказательствъ правомѣрности возникновенія нѣкоторыхъ правъ (права собственности, сервитутовъ и пр.) служитъ осуществленіе ихъ въ теченіи извѣстнаго, болѣе или менѣе продолжительнаго времени, напр. въ теченіи 3, 10, 20, 30 и 40 лѣтъ (Ersitzung—давность). Для нѣкоторыхъ правъ такого срока не опредѣлено, но для нихъ имѣетъ значеніе осуществленіе права лицомъ съ незапамятнаго времени—vetustas (въ этомъ особенномъ смыслѣ слова).

Право въ этомъ послѣднемъ случаѣ считается пріобрѣтеннымъ потому, что оно осуществлялось въ теченіи столь долгаго времени, что начало этого осуществленія лежитъ за предѣлами человѣческой памяти; это такъ называемая незапамятная давность, præscriptio immemorialis, cujus contrarii memoria non exsistit. Правомѣрность возникновенія права въ такомъ случаѣ не можетъ быть доказана, такъ какъ нельзя указать вообще момента этого возникновенія, относящагося къ слишкомъ отдаленному отъ насъ времени.

Итакъ незапамятное время состоитъ въ томъ, что начало настоящаго положенія вещей неизвѣстно, origo memoriam excessit, то есть 1) нѣтъ ни очевидцевъ, ни даже людей, знающихъ по слухамъ о времени возникновенія данныхъ отношеній и 2) нѣтъ лицъ, которыя бы получили такого рода свѣдѣнія отъ своихъ предшественниковъ на житейскомъ поприщѣ [1]).

---

[1]) L. 2. §. 8. D. de aqua pluv. (39, 3), L. 28. D. de probat. (22, 3). Ср. Huschke, Zeitschr. f. Civilr. u. Procesz, нов. сер. IV. 9. № 13, стр. 301 и сл. (год. 1847 г.).

Для доказательства того, что извѣстное юридическое отношеніе существуетъ съ незапамятнаго времени, достаточно:

1) Или показанія свидѣтелей, пережившихъ послѣднее поколѣніе, что положеніе вещей съ того времени, какъ они себя помнятъ, было точно такое же, какъ и въ настоящее время, и что они не слыхали отъ предковъ, чтобы оно было инымъ. Возрастъ свидѣтелей опредѣляется въ 54 года (это лица, прожившія 40 лѣтъ послѣ совершеннолѣтія), впрочемъ въ свидѣтели допускались и пятидесятилѣтніе, но отнюдь не моложе.

2) Или какія бы то ни было другія доказательства, напр. при двухъ послѣднихъ поколѣніяхъ, грамоты непрерывнаго существованія даннаго отношенія. О доказательствѣ юридическаго титула, конечно, не можетъ быть и рѣчи, незапамятная давность замѣняетъ титулъ.

Возможно представленіе доказательствъ въ опроверженіе существованія извѣстныхъ отношеній съ незапамятнаго времени (Gegenbeweis); эти доказательства должны, конечно, быть направляемы противъ незапамятной давности, а не противъ самаго права (что весьма часто смѣшивалось).

Доказательствами несуществованія незапамятнаго времени могутъ служить: 1) удостовѣреніе того, что бытіе даннаго отношенія при двухъ послѣднихъ поколѣніяхъ прерывалось на нѣкоторое время, такъ что былъ извѣстный промежутокъ времени, въ теченіи котораго данное отношеніе юридически не существовало (доказательства простаго non usus недостаточно), и 2) указаніе опредѣленнаго момента, съ котораго началось данное отношеніе; необходимо указать опредѣленный моментъ начала, такъ какъ самый фактъ начала не подлежитъ сомнѣнію: незапамятное время не есть вѣчное. Однако вовсе не нужно, чтобы этотъ моментъ относился непремѣнно къ послѣднимъ двумъ поколѣніямъ (которыми ограничивается доказательство незапамятной давности, иначе немыслимое). Это же подтверждаетъ и вторая изъ указанныхъ въ 1 прим. цитатъ, гдѣ сказано, et hoc infinite similiter sursum versum.

Незапамятное время примѣняется въ римскомъ правѣ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда пріобрѣтеніе какого-либо права не обусловливалось истеченіемъ опредѣленнаго числа лѣтъ; оно такимъ образомъ являлось дополненіемъ института давности (Ersitzung), именно для тѣхъ случаевъ, когда условіемъ правомѣрности извѣстнаго положенія вещей служитъ соизволеніе верховной власти, vetustas legis vicem tenet, pro lege habetur; напр. по отношенію къ водянымъ путямъ, не представляющимся сервитутами, плотинамъ, назначеннымъ для регулированія теченія воды, дорогамъ, получающимъ характеръ обществен-

ныхъ. Въ каноническомъ правѣ незапамятное время важно во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ нѣтъ prœscriptio definita, вслѣдствіе отсутствія законнаго титула, имъ слѣдовательно замѣняемаго. Въ законахъ Германской имперіи оно имѣетъ силу для недвижимостей (Immunitas).

Пріобрѣтеніе всякаго права путемъ незапамятнаго времени предполагаетъ: 1) способность лица простирать данное право на извѣстный объэктъ, хотя бы въ силу привилегіи; 2) возможность продолжительнаго осуществленія этого права; 3) отсутствіе назначенія въ законѣ какой-нибудь срочной давности, вслѣдствіе которой примѣненіе незапамятнаго времени становится излишнимъ. Къ сервитутамъ оно собственно не должно было бы примѣняться, однако практика обыкновенно допускала такое примѣненіе потому, что давностное пріобрѣтеніе права исключается вслѣдствіе какого-либо порока (vi, clam или precario), существованіе котораго если бы и было даже вполнѣ доказаннымъ, не прерываетъ однако теченія незапамятнаго времени. (Возраженіе Савиньи, какъ кажется, не выдерживаетъ критики) [1]).

Предметомъ долгаго, безполезнаго спора служилъ вопросъ, слѣдуетъ ли признать, что незапамятное время имѣетъ своимъ послѣдствіемъ самое давностное пріобрѣтеніе, или же только фикцію, вѣроятность его, т.-е. слѣдуетъ ли считать его самостоятельнымъ способомъ давностнаго пріобрѣтенія права, или простымъ подобіемъ другаго способа. Право считается пріобрѣтеннымъ потому, что оно осуществлялось въ теченіи извѣстнаго времени; продолжительность этого времени замѣняетъ собой доказательство способа пріобрѣтенія права, а потому съ этой стороны незапамятное время можетъ считаться фикціей; но тоже бываетъ и при всякаго другаго рода давностномъ пріобрѣтеніи и наоборотъ, какъ этимъ послѣднимъ, такъ и незапамятнымъ време-

---

[1]) Авторъ не придаетъ достаточной цѣны слѣдующимъ соображеніямъ: 1) что эта мнимая практика признается далеко не всѣми, см. напр. Пуфендорфъ, obs. I, 32. §. 20; 2) что ей недостаетъ разумнаго основанія (ratio), такъ какъ заключающаяся въ извѣстномъ порокѣ неправда никогда, сколько бы времени она ни продолжалась, не можетъ сдѣлаться правомъ; 3) что это правило основывается на нѣсколькихъ теоретическихъ ошибкахъ (на всеобщности понятія prœscriptio, дѣленіи ея на definita и immemorialis, смѣшеніи понятій aqua publica и privata) и 4) что такъ называемые полевые и лѣсные сервитуты, къ которымъ это правило преимущественно примѣняется (Seuffert, Arch. f. Entscheidungen der obersten Gerichte, т. I, 1847 г. № 4 и 5), собственно вовсе не сервитуты, а общинныя права, которыя еще и по римскому праву должны были подлежать дѣйствію незапамятной давности.

Прим. изд.

немъ пріобрѣтается и обосновывается всегда какое-либо право. Поэтому можно сказать, что незапамятное время для законодателя—фикція, а для судьи—давностное пріобрѣтеніе.

Споръ этотъ совершенно безполезенъ, такъ какъ тѣ вопросы, вѣрное разрѣшеніе которыхъ считаютъ возможнымъ только при взглядѣ на незапамятное время, какъ на фикцію, разрѣшаются также вѣрно и на основаніи другаго принципа; таковъ напр. вопросъ о доказательствѣ несуществованія въ данномъ случаѣ незапамятнаго времени, см. выше. И здѣсь принятіе его за фикцію, по мнѣнію Савиньи, не существенно, такъ какъ условіемъ незапамятнаго времени, въ смыслѣ давностнаго пріобрѣтенія, является невозможность доказать его начало; гдѣ начальный моментъ можетъ быть указанъ, тамъ нѣтъ существеннаго условія давностнаго пріобрѣтенія и потому нѣтъ вовсе пріобрѣтенія права.

Признавъ незапамятное время юридической фикціей, многіе думали вывести еще то правило, что законъ, вообще трактующій о давности, напр. исключающій ее въ извѣстномъ случаѣ, не можетъ быть распространяемъ на незапамятное время. Но тотъ же выводъ можно сдѣлать и изъ понятія давности (Verjaehrung). Сферою примѣненія незапамятнаго времени служатъ именно тѣ случаи, въ которыхъ недопускается обыкновенная давность. Поэтому-то законъ, въ родѣ указаннаго, даетъ большій просторъ примѣненію незапамятнаго времени.

Другіе наоборотъ хотѣли подкрѣпить тѣмъ положеніемъ, что незапамятное время есть фикція, вполнѣ ошибочное правило, будто оно примѣняется къ обязательствамъ. Но это примѣненіе исключается уже тѣмъ условіемъ этого института, которымъ требуется непрерывное осуществленіе права въ теченіи долгаго времени, и которое немыслимо относительно обязательствъ. Полное осуществленіе обязательства заключается въ уплатѣ по немъ, то-есть въ уничтоженіи самаго обязательства; нѣтъ такого осуществленія, при которомъ обязательство могло бы продолжать свое существованіе. Уплата процентовъ по обязательству представляется, конечно, признаніемъ, но отнюдь не осуществленіемъ его.

ГЛАВА IV.

ОХРАНЕНІЕ ПРАВЪ.

I. ОБЩІЯ ПОНЯТІЯ.

А. Правонарушеніе.

§ 78.

Для дѣйствительнаго бытія какого-либо права необходимы слѣдующія условія: установленіе его извѣстнымъ закономъ, объэктъ и субъэктъ; о всѣхъ этихъ условіяхъ мы говорили выше; но есть еще одно условіе — охраненіе отъ нарушенія. Рядомъ съ правомъ представляется возможность неправды. Для дѣйствительнаго существованія права необходимо позаботиться о томъ, чтобы неправда, правонарушенія были устранены, а самое право возстановлено. Институтъ, назначенный для этой цѣли, носитъ названіе *охраненія* правъ (Schutz). Это охраненіе будетъ успѣшно только въ томъ случаѣ, когда осуществленіе права можетъ быть возстановлено и доведено до конца посредствомъ принужденія. Такъ какъ законнымъ представляется только такое требованіе, которое предполагаетъ возможность принужденія, поэтому напр. нѣтъ права на извѣстное мнѣніе, ибо таковое нельзя вынудить силою, но есть право на тѣ или другія внѣшнія дѣйствія, вытекающія изъ извѣстнаго мнѣнія. Такимъ образомъ я не могу требовать, чтобы ко мнѣ питали уваженіе, но я имѣю право добиваться того, чтобы не совершались такія дѣйствія, въ которыхъ проявляется во мнѣ недостатокъ ко мнѣ уваженія.

Неправда бываетъ или *абсолютною* (неправда относительно всѣхъ пользующихся однимъ и тѣмъ же правомъ, Rechtsgenossen; нарушеніе права вообще, преступленіе), или *относительною* (неправда относительно нѣкоторыхъ только лицъ; нарушеніе извѣстнаго права, принадлежащаго другому лицу). Послѣдняя связана съ признаніемъ права вообще, ибо виновникъ неправды самъ доискивается права (правды). Признавая положительный законъ, онъ отрицаетъ только юридическое владычество извѣстнаго лица. Такое нарушеніе, если оно не усмо-

трѣно и не устранено самимъ его виновникомъ, ведетъ къ тяжбѣ (Rechtsstreit). Въ основѣ всякой тяжбы лежитъ только относительная неправда; въ области гражданскаго права говорится только о ней одной. Даже абсолютная неправда, входя въ эту область (гражданское преступленіе), разсматривается съ этой же точки зрѣнія, то-есть какъ неправда относительная.

Нарушеніе [1]) права не есть отнятіе права, а или полное лишеніе возможности его осуществленія, или простое препятствованіе такому осуществленію, что выражается терминами *полное* и *частичное* нарушеніе. Подъ осуществленіемъ права разумѣется совершеніе лицомъ всякаго вообще дѣйствія, на которое оно этимъ правомъ уполномочивается; полное осуществленіе состоитъ въ фактическомъ приведеніи въ исполненіе того юридическаго подчиненія, которое составляетъ характеръ даннаго права. Существуютъ права, которыя уничтожаются въ моментъ ихъ полнаго осуществленія, тогда какъ осуществленіе другихъ правъ продолжается въ теченіи нѣкотораго времени. Право и осуществленіе его иногда такъ тѣсно связаны между собой, что послѣднее доступно только самому субъэкту права; въ большинствѣ правъ однако возможно осуществленіе посредствомъ представителей; въ нѣкоторыхъ правахъ на другое лице можетъ быть перенесено только осуществленіе, а не самое право.

В. Обезпеченіе.

§ 79.

Возможность неправды вызываетъ различные способы обезпеченія (Sicherung, cautiones), имѣющіе цѣлью или по возможности предотвратить нарушеніе, таково напр. упроченіе права посредствомъ словеснаго обѣщанія, присяги, секвестра вещи и проч., или же доставить вѣрныя средства къ возстановленію права уже нарушеннаго, напр. залогъ, поручительство, разныя доказательства, служащія къ упрощенію будущей тяжбы и т. п.

Cautiones [1]) могутъ имѣть своею цѣлью: 1) обезпечить существованіе, то есть прочность извѣстнаго требованія какъ вообще, такъ и по отношенію къ объему и цѣнѣ его, и возможность отстоять это требованіе на судѣ или доставить лицу управомоченному болѣе вѣрный искъ; для этого достаточно проста-

---

[1]) Изъ Пандектъ.

го договора съ лицомъ обязаннымъ, repromissio, или словеснаго обѣщанія, которое для облегченія доказательства его можетъ совершаться и въ письменной формѣ, cautio въ этомъ смыслѣ [1]); 2) обезпечить исполненіе обязательства воздѣйствіемъ на совѣсть лица обязаннаго и, при извѣстныхъ условіяхъ, исключить возможность спора противъ сдѣлки; такова цѣль упроченія обѣщанія посредствомъ присяги—cautio juratoria; 3) гарантировать осуществленіе извѣстнаго требованія отъ несостоятельности лица обязаннаго и отъ другихъ причинъ; для этой цѣли уже недостаточно ни словеснаго, ни клятвеннаго обѣщанія, здѣсь необходимо вещественное обезпеченіе (Realcaution), которое или предупреждаетъ нарушеніе (напр. секвестръ), или, въ случаѣ совершившагося нарушенія, даетъ, кромѣ иска противъ лица обязаннаго, другія средства осуществленія права — предъявленіемъ требованія или къ третьему лицу (поручительство, cautio fidejussoria, satisdatio), или направленіемъ его на вещь (обезпеченіе посредствомъ залога, cautio pignoraticia).

Обязанность представить обезпеченіе можетъ опредѣляться или частною волею (договоромъ или завѣщательнымъ распоряженіемъ), или же постановленіемъ закона; на этомъ основывается дѣленіе cautiones на voluntariae и necessariae [2]). Cautiones necessariae въ большинствѣ случаевъ суть вещественныя, реальныя (поручительство, закладъ); въ случаѣ сомнѣнія относительно свойства даннаго обезпеченія, вопросъ разрѣшается по цѣли его; если же этимъ путемъ нельзя добиться рѣшенія, то за minimum слѣдуетъ признать cautio verbalis. При cautiones voluntariae слѣдуетъ всегда принимать намѣреніе сторонъ вещественно обезпечить право, однако въ завѣщательныхъ распоряженіяхъ въ случаѣ сомнѣнія слѣдуетъ признавать достаточнымъ (какъ minimum) словесное обезпеченіе. Обязанность представить вещественное обезпеченіе (necessaria или voluntaria) исполняется представленіемъ юридически прочнаго обезпеченія; обезпеченіе же недостаточное или матеріально не-

---

[1]) Сюда относятся: cautio damni infecti, назначеніе по соглашенію извѣстнаго штрафа, оцѣнка извѣстнаго имущества, служащаго предметомъ обязательства (aestimatio taxationis gratia), избраніе такой формы договора, съ которою для кредитора соединены нѣкоторыя процессуальныя преимущества, напр. въ римскомъ правѣ—совершеніе стипуляціи, обусловливающей stricti juris actio. Изъ Пандектъ.

[2]) Не должно смѣшивать римское дѣленіе стипуляцій на judiciales, cautionales, communes, L. 1. pr. D. de stip. praet. (46, 5), съ общимъ дѣленіемъ ихъ на judiciales, praetoriae, conventionales, communes, pr. I. de div. stip. (3. 18). Первое относилось лишь къ однимъ cautiones necessariae, въ послѣднемъ же разумѣлись и cautiones voluntariae. *Прим. изд.*

годное (напр. несостоятельный поручитель) не должно быть принимаемо; но если оно уже принято, то обязанность считается выполненною. Если же cautio сдѣлалось негодною впослѣдствіи, отъ какихъ-либо не предполагавшихся обстоятельствъ, то можетъ быть потребовано новое обезпеченіе [1]).

C. Охраненіе.

§ 80.

Самое вѣрное обезпеченіе не исключаетъ возможности неправды; cautiones установляютъ только права, которыя въ свою очередь могутъ быть нарушены; даже необходимость и дѣйствительность обезпеченія могутъ быть оспорены, самое право на cautio можетъ быть нарушено.

Включивъ сюда ученіе объ обезпеченіи правъ, мы только отдалили, а не устранили вопросъ объ охраненіи, о защитѣ ихъ. Итакъ защита права (Schutz) заключается въ прекращеніи совершившагося уже нарушенія. Прекращеніе это состоитъ въ признаніи права нарушителемъ, въ такомъ *активномъ* признаніи, благодаря которому право возстановляется въ томъ видѣ, въ которомъ оно было до нарушенія. Такое признаніе можетъ выражаться или въ прекращеніи враждебныхъ праву дѣйствій, или въ какомъ-нибудь положительномъ дѣяніи.

Власть, вынуждающая признаніе права нарушителемъ и тѣмъ охраняющая его, можетъ быть или нашею собственною (самоволіе, самоуправство), или можетъ возвышаться надъ обѣими сторонами, такова—власть правительства, какъ представителя общей воли.

Многіе юристы устанавливаютъ тотъ принципъ, что самоволіе и самоуправство сами по себѣ суть нѣчто противозаконное, и что вполнѣ исключительны тѣ случаи, въ которыхъ они могутъ быть допускаемы. Этотъ принципъ не имѣетъ опоры въ римскомъ правѣ; существованіе его въ правѣ германскомъ также не доказано; онъ возникъ въ новое время изъ системы такъ называемой чрезмѣрной опеки правительства, которой мы не должны давать особеннаго простора въ гражданскомъ правѣ.

Истинное начало здѣсь скорѣе слѣдующее: для юридической оцѣнки дѣйствія безразлично то обстоятельство, что это дѣйствіе предпринято съ цѣлію самоличнаго охраненія права. Эта

---

[1]) L. 10. §. 1. D. qui satisd. cog. (2, 8), L. 4. D. ut in poss. leg., L. 4. D. de stip. praet. (46, 5).

цѣль 1) не можетъ служить къ извиненію противозаконнаго дѣйствія и 2) не можетъ превратить дѣяніе вообще дозволенное въ противозаконное.

Не будетъ правонарушеніемъ ни сопротивленіе, оказываемое субъэктомъ права попыткѣ посторонняго лица измѣнить существующее правовое состояніе (самозащита, Sellstvertheidigung); ни осуществленіе собственникомъ своего права не терпѣть на своей землѣ чужихъ вещей, вслѣдствіе чего онъ напр. прогоняетъ чужой скотъ, выбрасываетъ чужія вещи; ни наконецъ всякое самоволіе, посредствомъ котораго одно лицо желаетъ побудить другое выступить въ дѣлѣ истцомъ, и тѣмъ удержать за собой (а не пріобрѣсти) commodum possessionis.

Впрочемъ нѣкоторыя противозаконныя дѣйствія особо запрещены законами подъ страхомъ наказанія, если съ ними связано намѣреніе совершить самоуправство. Мотивомъ законовъ такого рода служитъ желаніе устранить нѣкоторые случаи, въ которыхъ отъ самоуправства особенно сильно можетъ пострадать прочность правъ. Исключительностью является здѣсь не наказаніе вообще, ибо это послѣднее вытекаетъ уже изъ противозаконности дѣянія, но особое возмездіе, къ данному случаю относящееся, между тѣмъ какъ по общимъ юридическимъ принципамъ слѣдовало бы только постановить, что дѣяніе это, предпринятое для самозащиты, не извиняется.

Такими дѣйствіями являются:

1) Осуществленіе права собственности или другаго вещнаго права посредствомъ насильственнаго завладѣнія вещью, находящеюся въ владѣніи другаго лица. Наказаніе заключается здѣсь въ утратѣ имѣвшагося права, а въ томъ случаѣ, если виновникъ не имѣлъ никакого права на отнятую имъ вещь, то и въ уплатѣ стоимости вещи.

2) Осуществленіе обязательства a) посредствомъ отнятія у должника вещей, ему принадлежащихъ, безъ его воли и безъ суда (нѣтъ необходимости въ насильственномъ отнятіи), decretum D. Marci; b) посредствомъ принужденія должника къ отдачѣ вещей (слѣд. не одностороннее отнятіе); c) посредствомъ отнятія, для исполненія обязательства, вещей у третьяго лица, а не у должника; d) посредствомъ завладѣнія дѣтьми должника. Decretum D. Marci полагаетъ въ наказаніе потерю права по обязательству; то же наказаніе распространено на остальные три случая. Дѣянія, сами по себѣ непротивозаконныя, никогда не должны быть подводимы подъ эту категорію; таковъ напр. случай, когда кто-либо посредствомъ обмана побудитъ своего должника заплатить ему, дѣйствительно имѣющійся за нимъ долгъ. Это—не противозаконный dolus, ибо съ нимъ не сопряжено ни выгодъ, ни убытковъ для сторонъ.

Въ одномъ случаѣ, наоборотъ, дозволено самоуправство и не подведено подъ правила, указанныя въ 1-ой и 2-ой рубрикахъ, хотя съ нимъ сопряжено и принужденіе; впрочемъ необходимо, чтобы лицо не преступило за предѣлы своей цѣли. Наказанія, назначенныя для случаевъ самоуправства, указанныхъ въ этихъ рубрикахъ, отмѣняются, когда судебная защита была невозможна, такъ что субъэктъ нарушеннаго права находился въ непосредственной опасности навсегда и безвозвратно лишиться возможности осуществить это право, напр. я застигаю владѣльца моей вещи, или должника моего какъ разъ передъ его побѣгомъ и удерживаю его до тѣхъ поръ, пока не получу вещи или деньги. Послѣдній случай точно разрѣшенъ въ L. 10. §. 16. D. quae in fraud. cred. (42, 8), онъ не составляетъ исключенія изъ декрета D. Marci, который вовсе на него не распространяется, а представляется просто частью Юстиніановскаго права, изъясняющею этотъ декретъ. Но и самый декретъ D. Marci указываетъ на судебную помощь („optimum est, ut si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris") и тѣмъ самымъ молчаливо признаетъ это исключеніе. Оно представляется до извѣстной степени необходимымъ, такъ какъ было бы неразумно запретить самозащиту въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ невозможна помощь суда [1]).

Вообще, единственно удовлетворительную защиту правъ даетъ только правительство, или какъ оно называется по отношенію къ этой функціи, — судъ. Судебная защита имѣетъ преимущества 1) по своей особой, соотвѣтствующей праву формѣ, 2) по своей надежности, прочности, 3) потому, что это есть единственно возможный способъ добиться рѣшенія, которое судья произноситъ въ случаѣ спора противъ права Даже употребле-

---

[1]) Ошибочными ограниченіями и распространеніями декрета представляются: 1) исключеніе недвижимыхъ вещей (Линде, Zeitschr. fuer Civilr. und Civilpr. I. 21. 1828), противорѣчащее словамъ: rem ullam debitoris; 2) исключеніе самаго объэкта обязательства (Сарторій, Zeitschr. f. Civilr. XX. 1.), противорѣчащее словамъ: rem ullam vel pecuniam (sponte datam) и L. 3. C. de pignor. (8, 14); 3) исключеніе обязательствъ, возникающихъ изъ преступленія (Сарторій ibid.), противорѣчащее словамъ: si quas habere petitiones, 4) исключеніе однихъ мнимыхъ требованій (idem), противорѣчащее словамъ: si quas putas te habere; 5) ограниченіе дѣйствія декрета только одной exceptio и 6) ограниченіе его уничтоженіемъ иска при продолжающемся бытіи (невсковаго) обязательства; оба ограниченія противорѣчатъ положительному закону: jus crediti non habebit; 7) примѣненіе къ декрету извѣстнаго legis beneficium, L. 50. D. de act. emti (19,1); Бурхарди, Anwendung des s. g. decretum D. Marci bei zweiseit. Oblig. въ Arch. f. civ. Pr. XVIII, 16. *Прим. изд.*

ніе самоуправства приведетъ все таки въ этомъ случаѣ къ судебной защитѣ.

Функція правительства, направленная на охраненіе правъ, называется юрисдикціей (Rechtspflege). Здѣсь рѣчь идетъ о судебномъ разрѣшеніи тяжбъ, или иначе сказать, о гражданской юрисдикціи. Она имѣетъ слѣдующія задачи: 1) рѣшить тяжбу и 2) привести свое рѣшеніе въ исполненіе. Какъ вторая часть задачи предполагаетъ первую, точно также и первая предполагаетъ другія дѣйствія, исходящія какъ отъ суда, такъ и отъ сторонъ. Совокупность всѣхъ этихъ подготовительныхъ и рѣшительныхъ дѣйствій обозначается словами: судопроизводство, процессъ (gerichtliches Verfrahen), точнѣе—гражданское судопроизводство, гражданскій процессъ.

Главнѣйшія процессуальныя дѣйствія (тяжущихся и суда) имѣютъ особую сторону, которою они переходятъ въ область самихъ правъ. Эта *матеріальная* сторона заключается въ томъ вліяніи, которое оказываетъ процессъ, какъ въ цѣломъ составѣ, такъ и въ отдѣльныхъ своихъ составныхъ частяхъ и моментахъ, на бытіе самихъ правъ. 1) Процессъ есть способъ осуществленія правъ и потому является необходимою принадлежностью ихъ (annexum). Это качество процесса проявляется въ тѣхъ дѣйствіяхъ, которыя доводятъ дѣло до суда, — въ искахъ и возраженіяхъ (actio et exceptio). 2) Онъ видоизмѣняетъ права, права могутъ быть измѣнены и даже вовсе уничтожены вслѣдствіе ихъ deductio in judicium: ихъ судьба зависитъ отъ исхода процесса. Такое вліяніе имѣютъ: litis contestatio, доказательства и судебное рѣшеніе.

Съ этой-то матеріальной стороны и должны разсматриваться тѣ процессуальныя дѣйствія, которыя будутъ указаны въ слѣдующихъ параграфахъ. Иски, возраженія, litis contestatio, доказательства и судебное рѣшеніе относятся къ области гражданскаго процесса и къ области гражданскаго права, къ первой—своей формальной, ко второй—своей матеріальной стороной.

II. ИСКИ И ВОЗРАЖЕНІЯ.

А. Понятіе и возникновеніе исковъ

§ 81.

Искъ, [1]) actio, есть средство, способъ (Mittel) преслѣдовать предъ судомъ и осуществлять свое право противъ другаго лица,

[1]) Изъ Пандектъ.

независимо отъ процессуальныхъ дѣйствій сего послѣдняго. Искъ есть нападеніе. Своимъ характеромъ независимости онъ отличается отъ защиты, предполагающей непремѣнно предшествующее нападеніе.

Слово actio имѣетъ впрочемъ и болѣе узкое значеніе: 1) оно отличаетъ общій порядокъ судопроизводства отъ особеннаго, persecutió (actio extraordinaria), 2) обозначаетъ общій порядокъ судопроизводства въ противоположность интердиктамъ и 3) служитъ названіемъ иска по обязательству въ противоположность иску по другимъ правамъ. Опредѣленіе иска въ законѣ (pr. I. de act. 4, 6): actio est jus persequendi in judicio, quod sibi debetur (то, что намъ принадлежитъ) можетъ быть понимаемо какъ въ этомъ послѣднемъ смыслѣ, такъ и въ вышеуказанномъ общемъ смыслѣ, однако этотъ терминъ напоминаетъ намъ, что процессуальное отношеніе между сторонами имѣетъ по характеру своему много сходнаго съ обязательствомъ. Вышеуказанное понятіе actio имѣетъ:

1) Извѣстное процессуальное (формальное) значеніе: actio есть процессуальное дѣйствіе, посредствомъ котораго тяжба предлагается на разрѣшеніе суда, дѣйствіе [1]), въ которомъ лицо, преслѣдующее свое право (истецъ, actor, Klaeger), излагаетъ всѣ фактическія и юридическія основанія его и выводитъ изъ нихъ извѣстное требованіе (Anspruch) къ своему противнику (отвѣтчикъ, reus, Beklagte), формулируя его въ видѣ просьбы судьѣ (petitum). Такимъ образомъ искъ (письменный — исковое прошеніе, или словесный) имѣетъ двѣ существенныя составныя части: основаніе его (Begruendug) и просительный пунктъ — petitum. Основаніе, какъ сказано, можетъ быть юридическое (т. е. положительный законъ) и фактическое. Обозначеніе перваго, по общему правилу, не составляетъ необходимости, второе же содержитъ въ себѣ указаніе на то право, которое осуществляется, и на тѣ данныя, которыя подтверждаютъ его пріобрѣтеніе. Юридическое основаніе иска назвали поэтому fundamentum agendi remotum, а фактическое основаніе—f. a. proximum. Просительный пунктъ, petitum, содержитъ въ себѣ выраженіе цѣли иска, формулированіе требованій истца въ томъ видѣ, въ какомъ ихъ долженъ принять или отвергнуть судъ при постановленіи рѣшенія (о различіи требованій на главныя и второстепенныя, смотря потому выражается ли въ нихъ главная или второстепенная цѣль иска, см. ниже), просьбу дабы повелѣно было (zu erkennen dasz), съ ко-

---

[1]) Изъ Пандектъ.

торою можетъ быть соединенъ еще процессуальный просительный пунктъ, относящійся не къ разрѣшенію дѣла по существу, а къ дѣйствіямъ суда, слѣдующимъ за принятіемъ прошенія, напр. просьбу сообщить отвѣтчику содержаніе прошенія и потребовать отъ него объясненія по существу онаго, что можетъ быть необходимо въ томъ случаѣ, когда отъ такого объясненія будетъ зависѣть дальнѣйшее направленіе дѣятельности истца, напр. когда истецъ проситъ допущенія особаго порядка судопроизводства.

2) Извѣстное матеріальное значеніе—значеніе возможности предъявить искъ, значеніе права иска (Klagerecht). Въ этомъ смыслѣ actio существуетъ уже до дѣйствительнаго предъявленія исковаго прошенія судьѣ. Искъ въ матеріальномъ смыслѣ есть составная часть самаго права, относящаяся до самостоятельнаго осуществленія его предъ судомъ и дѣлающая такое осуществленіе возможнымъ. Сообразно этому различаются права исковыя и неисковыя. Разсмотрѣніе actio въ этомъ смыслѣ не входитъ въ область процесса, а въ область гражданскаго права. На вопросъ „къ какому классу правъ должно быть отнесено право иска?“ отвѣчали: „къ обязательствамъ“ на томъ основаніи, будто отношеніе между истцомъ и отвѣтчикомъ сходно съ отношеніемъ вѣрителя къ должнику. Но такой отвѣтъ не точенъ, такъ какъ между лицами, которыя въ будущемъ только могутъ сдѣлаться одно истцомъ, а другое отвѣтчикомъ, до предъявленія иска въ судъ, не существуетъ никакихъ отношеній; отношеніе же, возникающее съ момента предъявленія иска, есть уже процессуальное. Вообще же невозможно дать правильнаго отвѣта на указанный вопросъ, такъ какъ самый вопросъ невѣренъ. Иски—не самостоятельныя права, о которыхъ помянутый вопросъ былъ бы возможенъ, а лишь придатки, составные элементы правъ, точно такъ же напр. какъ и право распоряжать вещью [1]).

---

1) Во всѣхъ понятіяхъ объ actio, отступающихъ отъ нашего (и принадлежащихъ Бёкингу, Виндшейду и Мутеру), слѣдуетъ считать признаннымъ, что дѣйствительное (actuell) право иска, actio nata, можетъ возникнуть только послѣ правонарушенія. Этимъ однако не исключается то, что ненарушенное право даетъ возможное (potentiell) право иска, даетъ actio въ смыслѣ уполномоченія на дѣятельность въ формѣ процессуальнаго нападенія, такъ что возможное право иска существуетъ уже до нарушенія извѣстнаго исковаго требованія. Такое отношеніе слѣдуетъ (вмѣстѣ съ Бёкингомъ) считать всеобщимъ, а мнимое различіе между римскимъ понятіемъ и словеснымъ выраженіемъ, указываемое Виндшейдомъ и объясняемое имъ самостоятельностью римскаго суда, слѣдуетъ признать несуществующимъ въ дѣйствительности. Право само по себѣ, безъ входящаго въ составъ его понятія судебной охраны, у Римлянъ

Въ actio въ матеріальномъ смыслѣ слѣдуетъ различать слѣдующіе три момента:

a) *Основу* иска, causa petendi. Это есть право, изъ котораго искъ возникаетъ, составнымъ элементомъ котораго онъ представляется, право, которое посредствомъ этого иска осуществляется. Отъ самаго права слѣдуетъ впрочемъ отличать возникновеніе его (напр. право собственности отъ traditio). Послѣднее есть только causa causae actionis. Первое можетъ быть названо непосредственною основою иска (также юридическою), causa proxima [1]), второе — посредственною (фактическою) основою, causa remota.

Эти понятія отнюдь не должно смѣшивать съ соотвѣтствующимъ моментомъ иска въ процессуальномъ смыслѣ, исковаго прошенія, гдѣ подъ юридическимъ основаніемъ иска слѣдуетъ разумѣть положительный законъ; однако не всѣ процессуалисты согласны въ своей терминологіи. Итакъ всюду, гдѣ будетъ рѣчь объ искѣ въ матеріальномъ смыслѣ, необходимо имѣть въ виду лишь только-что указанное понятіе о causa petendi.

Ясное различіе и полное разграниченіе между causa proxima и remota возможно только тогда, когда извѣстное право имѣетъ нѣсколько способовъ возникновенія. Этого нѣтъ въ обязательствахъ; всякое обязательство возникаетъ особымъ исключительнымъ образомъ, такъ что и обозначить самое обязательство нельзя безъ указанія способа его возникновенія.

Вообще говоря, искъ возникаетъ уже тогда, когда существуетъ его основа, т. е. вмѣстѣ съ правомъ, изъ котораго онъ вытекаетъ, хотя не всегда есть непосредственная возможность вчинить этотъ искъ.

b) *Поводъ* къ нему (Veranlassung). Это есть извѣстное правонарушеніе, но не преступленіе, а лишь препятствованіе (полное или частичное) осуществленію права, посредствомъ какаго-либо положительнаго или отрицательнаго дѣйствія. Иногда даже нѣтъ необходимости въ какомъ-либо отдѣльномъ дѣйствіи, а до-

---

обозначается терминомъ res, противополагается понятію actio и научно излагается не во второй, а въ третьей части всей системы права при изученіи res corporales и incorporales, а не въ Actiones (Gai. 2, 38. L. 15. D. de R. J. (50, 17), L. 52. D. de A. R. D. (41, 1.), Quintil. 7, 6. 4. bis de eadem re ne sit actio). *Прим. изд.*

[1]) Этотъ терминъ встрѣчается въ томъ же смыслѣ еще въ Римскомъ правѣ L. 27. D. de exc. rei jud. (44, 2): Cum de hoc an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum, de quo agitur, causa proxima actionis. Nec jam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset, perinde ac si quis posteaquam contra eum judicatum esset, nova instrumenta causae suae reperisset.

статочно простаго спора противъ права. Нарушеніемъ опредѣляется личность отвѣтчика. Этотъ моментъ нельзя назвать обоснованіемъ иска въ матеріальномъ смыслѣ (такъ какъ основа иска въ этомъ же смыслѣ есть самое бытіе извѣстнаго права, а не его нарушеніе); тогда какъ въ процессуальномъ смыслѣ все, что предшествуетъ просительному пункту, разумѣется подъ именемъ основаній иска и потому поводъ къ иску можетъ, пожалуй, быть причисленъ къ основаніямъ иска; но этого отнюдь не слѣдуетъ допускать при взглядѣ на искъ въ матеріальномъ его значеніи.

Наступленіе извѣстнаго повода рождаетъ непосредственную возможность вчинить искъ, послѣ чего искъ считается возникшимъ, actio nata въ болѣе узкомъ смыслѣ слова: это послѣднее возникновеніе важно въ вопросѣ объ исковой давности (при разрѣшеніи другихъ вопросовъ, искъ можетъ считаться уже возникшимъ, когда существуетъ его основа, то есть право).

c) *Предметъ* иска, *цѣль* его; то, что предполагается достигнуть посредствомъ иска, то есть охраненіе права, составляющаго основу его, уничтоженіе повода къ иску, устраненіе нарушенія — дѣйствительное признаніе права. Предметъ иска можетъ быть главный и второстепенный. Второстепеннымъ предметомъ иска будетъ совокупность всѣхъ придатковъ (Accessionen), относящихся или къ объэкту права (напр. плоды), или къ самому праву (напр. нестипулированные проценты, вознагражденіе за вредъ и убытки), или къ самому иску (напр. судебныя издержки). Всѣ эти второстепенные предметы иска оказываютъ обыкновенно свое дѣйствіе какъ придатки и не имѣютъ особаго иска. Если главное требованіе отвергнуто, то невозможно отдѣльное требованіе придаточныхъ вещей. Многіе юристы-практики утверждали, что судья, въ случаѣ очевидной справедливости второстепенныхъ предметовъ иска, обязанъ, помимо просьбы истца, упомянуть о нихъ въ своемъ рѣшеніи. Это мнѣніе основывается на невѣрномъ пониманіи постановленій римскаго права о томъ, что при bonae fidei judicia такія акцессіи присоединяются officio judicis, то есть судья долженъ разрѣшить вопросъ объ этихъ второстепенныхъ предметахъ иска, хотя бы преторъ не указалъ на нихъ въ формулѣ.

Существуютъ особаго рода иски, которые, кромѣ основы и повода, предполагаютъ еще то условіе, чтобы истцу не было другаго средства къ охраненію своего права; это—такъ называемые *обще-вспомогательные* иски (allgemein subsidiaere Klagen); таковы: in integrum restitutio, actio doli, actio quod metus causa, querela inofficiosi (tastamenti и donationis), actio funeraria. Если же при этихъ искахъ возможны и другіе

способы охраненія права, то они не допускаются. Actio doli не допускается даже въ томъ случаѣ, когда возможенъ какой-либо другой вспомогательный искъ, напр. in integrum restitutio; впрочемъ истцу предоставляется выборъ между actio doli и actio metus [1]).

В. Виды исковъ.

1. Въ историческомъ отношеніи.

§ 82.

1) Въ историческомъ отношеніи [2]) иски подраздѣляются на actiones civiles (legitimae, ex lege) и honorariae (praetoriae, aediliciae), смотря потому, предоставляются ли они лицу какимъ-либо источникомъ juris civilis, или же эдиктомъ римскихъ магистратовъ [3]). Многіе иски, сфера примѣненія которыхъ сначала была довольно ограничена, были впослѣдствіи распространены на множество новыхъ юридическихъ отношеній; искъ перваго рода называется actio directa, втораго—utilis [4]).

2. По основанію иска.

§ 83.

Важнѣйшимъ подраздѣленіемъ исковъ, по отношенію къ основанію ихъ, является дѣленіе ихъ на *вещные* и *личные* [5]). Различіе между этими двумя видами заключается въ той формѣ, которую получаетъ искъ въ моментъ его предъявленія. Такимъ

---

[1]) L. 1. §. 4. sqq., L. 2—7. D. de dolo m. (4, 3), L. 14. §. 2. 13. D. quod metus (4, 2).

[2]) Изъ Пандектъ.

[3]) L. 25. §. 2. D. de O. et A. (44, 17). Иски, основанные на новѣйшемъ гражданскомъ правѣ, называются extraordinariae persecutiones или cognitiones въ матеріальномъ смыслѣ. L. 17. D. de R. C. (12, 1), L 10, L. 178. §. 2. 3. D. de V. S. (50, 16) Ср. §. (83, 85).

[4]) Такъ напр. L. 17. §. 3. D. de usufr. (7, 1):—utilem actionem exemplo Aquiliae.—L. 19. pr. D. de instit. (14, 3):—utilis ad exemplum institoriae dabitur actio.

[5]) L. 25. pr. D. de O. et A. (44, 7): Actionum genera sunt duo: in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur. In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus, et semper adversus eum est, qui rem possidet. In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum, et semper adversus eundem locum habet.

признакомъ въ древнѣйшемъ правѣ служила формула, именно та часть ея, въ которой заключалось обозначеніе самаго права, intentio. Въ ней или прямо назывался отвѣтчикъ (intentio in personam), или на него не указывалось вовсе (intentio in rem), напр. si paret reum actori dare oportere, или же si paret hanc rem actoris esse. Это же различіе можно примѣнить и къ настоящему petitum: въ просительномъ пунктѣ требованіе можетъ быть или прямо направлено противъ извѣстнаго лица, или же о личности отвѣтчика можно заключать посредствомъ логическаго вывода.

Указанное дѣленіе коренится въ различіи тѣхъ правъ, изъ которыхъ вытекаютъ иски и выраженіемъ которыхъ они служатъ. Есть права, которыя заключаютъ въ себѣ ту или другую обязанность для извѣстнаго лица, и которыя безъ указанія этого лица, не могутъ быть точно выражены, такъ какъ лицо входитъ въ составъ самаго понятія права. Такими правами являются обязательства. Поэтому иски по обязательствамъ направляются in personam. Всѣ другія права могутъ быть достаточно выражаемы и безъ обозначенія личности отвѣтчика; такія права существуютъ помимо лица; сюда относятся вещныя, семейственныя и наслѣдственныя права; иски по нимъ направляются in rem.

Различіе исковъ по ихъ основанію присуще искамъ нетолько въ процессуальномъ смыслѣ, но и въ смыслѣ матеріальномъ, въ смыслѣ права на искъ. Въ этомъ послѣднемъ значеніи терминъ in personam actiones слѣдуетъ понимать: „иски по обязательствамъ», in rem actiones—«иски по другимъ правамъ».

Изъ этого различія вытекаетъ другое (производное). Въ actiones in personam отвѣтчикъ всегда заранѣе извѣстенъ и есть опредѣленное лицо—должникъ, такъ какъ онъ всегда указывается самымъ основаніемъ иска: только должникъ можетъ нарушить право по обязательству. Другое дѣло въ actiones in rem Отвѣтчикъ опредѣляется здѣсь фактомъ дѣйствительнаго нарушенія, напр. фактомъ владѣнія чужою вещью, такъ что извѣстное переходящее качество дѣлаетъ какое-нибудь лицо отвѣтчикомъ. Въ этомъ послѣднемъ отношеніи нѣкоторые иски по обязательствамъ получаютъ характеръ вещныхъ исковъ, такъ какъ они направляются не противъ одного опредѣленнаго отвѣтчика, связаннаго съ истцомъ даннымъ обязательственнымъ отношеніемъ, но противъ всякаго, кто сталъ въ какое-либо отношеніе къ искомой вещи, то есть противъ ея собственника или владѣльца [1]). Эта особенность въ actio quod metus causa

---

[1]) Actio quod metus causa, иски о выдачѣ (Exhibition) вещи, interdictum

выражалась въ самой формулѣ указаніемъ на существованіе насилія вообще, а не на отвѣтчика, какъ на прямаго виновника этого насилія. Поэтому-то означенный видъ исковъ и называется actio in rem scripta. Хотя такое распространеніе имѣетъ мѣсто и въ прочихъ видахъ исковъ, указанныхъ въ примѣчаніи, но оно не обозначается въ формулѣ и потому упомянутое названіе къ нимъ не примѣняется Съ другой стороны и въ вещныхъ искахъ можетъ быть опредѣлена личность отвѣтчика, напр. если имъ совершенъ былъ dolus. Вслѣдствіе этого вещный искъ получаетъ въ указанномъ отношеніи характеръ аналогическій съ actio in personam.

Actiones in rem [1]) вытекаютъ или изъ права лица на всю совокупность имущества отвѣтчика, de universitate, или изъ права его на отдѣльные предметы, speciales [2]). Послѣднее названіе употребляется и для обозначенія личныхъ исковъ въ противоположность къ actiones generales, вытекающимъ изъ обязательствъ, содержащихъ въ себѣ по нѣскольку обязанностей [3]).

Въ институціяхъ Юстиніана [4]) упоминается, что къ вещнымъ и личнымъ искамъ примыкаетъ третій видъ—mixtae actiones, соединяющій въ себѣ свойства обоихъ видовъ. Къ нимъ относятся иски о раздѣлѣ общаго имущества (напр. общей собственности). Они, конечно, не были изобрѣтеніемъ составителей институцій, но заимствованы у древнихъ юристовъ. Значеніе ихъ въ древнемъ правѣ было слѣдующее: формула содержала въ себѣ 1) adjudicatio—приказаніе судьѣ признать право собственности одной-какой нибудь стороны, 2) condemnatio всѣдствіе praestationes personales. Adjudicatio всегда составлялась in rem: judex Titio adjudicato, а condemnatio всегда in personam; такимъ образомъ формулы въ процессуальномъ смыслѣ были одновременно in rem и in personam conceptae и получили поэтому названіе mixtae formulae. Но для Юстиніановскаго права все изложенное не имѣетъ никакого значенія, такъ какъ ко времени составленія институцій судопроизводство по формуламъ давно уже перестало существовать

---

quod vi aut clam, int. quem in locum nuntiatum est, aquae pluviae arcendae actio, actiones noxales, interdictum quod legatorum.

1) Изъ Пандектъ.

2) L. 1. pr. §. 1. D. de R. V. (6,1).

3) L. 38. pr. D. pro soc. (17,2).

4) §. 20. I. de action. (4,6): Quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam: qualis est familiae herciscundae actio cet.

и составители ихъ лишь по небрежности включили разсматриваемое правило [1]); включеніе его въ сводъ могло бы быть оправдано только въ томъ случаѣ, если бы въ этихъ actiones mixtae заключалась матеріальная связь обоихъ родовъ исковъ (т. е. еслибъ въ основѣ ихъ лежало обязательство и какое-либо другое право). Но эти иски въ сущности личные, вытекающіе изъ обязательства, основаннаго только на принадлежности извѣстнаго права нѣсколькимъ лицамъ,—эти иски не имѣютъ цѣлью признаніе самаго права, напр. права общей собственности, общаго наслѣдства, напротивъ это право само собой предполагается и въ виду имѣется лишь его раздѣлъ. Только одинъ изъ этихъ исковъ, actio finium regundorum (см. § 374) представляетъ въ этомъ отношеніи нѣкоторую особенность и можетъ быть признанъ дѣйствительною mixta actio.

На характеръ личнаго иска [2]) имѣетъ большое вліяніе способъ возникновенія того обязательства, которое служитъ его основаніемъ. Обязательство, какъ извѣстно, можетъ возникнуть изъ юридической сдѣлки и подобныхъ ей юридическихъ отношеній, или изъ преступленій и какого-либо другаго, равнаго имъ источника. Искъ по обязательствамъ перваго рода, если онъ есть civilis actio и притомъ если изъ имущества истца что-либо перешло или считается какъ бы перешедшимъ къ отвѣтчику, называется condictio (въ болѣе узкомъ смыслѣ, если предметомъ его служитъ нѣчто опредѣленное § 84); этому виду исковъ противополагается нѣсколько другихъ исковъ (Nichtdelicts klagen) по обязательственнымъ отношеніямъ, требующихъ по своему характеру, чтобы судья, вѣдѣнію котораго они подлежатъ, имѣлъ болѣе свободное положеніе и болѣе независимую

---

[1]) Parbs, Bericht. und Erg zu. Puchta's Pandecten Vorl. стр. 24, говоритъ: „formulae, conceptae одновременно in rem и in personam, являются поэтому formulae mixtae и въ процессуальномъ отношеніи направляются и in rem и in personam". Навѣрно Parbs исказилъ слова Пухты при записываніи лекцій.— Впрочемъ нельзя не признать, что Пухта слишкомъ рѣзко выразилъ свою мысль, такъ какъ 1) посредствомъ actio familiae herciscundae могъ быть разрѣшаемъ искъ о раздѣлѣ общаго наслѣдства. (L. 1. §. 1. D. fam. herc. (10,2) и уже Ульпіанъ, обращая преимущественное вниманіе на матеріальную, а не на процессуальную сторону иска, говоритъ: familiae herciscundae judicium ex duobus constat, id est ex rebus atque praestationibus, quae sunt personales actiones, L 22. §. 4. D. eod., 2) condemnatio, какъ и adjudicatio, относилась къ обѣимъ сторонамъ и потому также должна была составляться безлично (in rem). Поэтому слѣдуетъ заключить, что указанное правило институцій заимствовано у какого-либо древняго юриста, можетъ быть изъ сочиненія Гая—res quotidianae или у самого Ульпіана, ср. весьма сходное мѣсто въ Ulp. fr. XIX, 16. *Прим. изд.*

[2]) Изъ Пандектъ

власть; эти иски называются bonae fidei actiones, тогда какъ condictiones въ противоположность имъ носятъ названіе stricti juris или stricti judicii actiones [1]). Впрочемъ необходимость предоставленія судьѣ той значительной власти, которую онъ имѣлъ при bonae fidei actiones, встрѣчалась и въ другихъ искахъ и удовлетворялась особымъ дополненіемъ въ формулѣ, вслѣдствіе котораго искъ становился уже actio arbitraria.

Bonae fidei actiones по такого рода юридическимъ отношеніямъ, въ которыхъ обязанною является лишь одна изъ сторонъ, предоставляются и этой послѣдней на случай встрѣчнаго иска ея на основаніи того же юридическаго отношенія, и называются тогда contrariae actiones; иски же, вчинаемые вѣрителемъ, носятъ названіе actiones directae (§ 232).

3. По предмету иска.

§ 84.

Предметомъ иска вообще служитъ признаніе судьей того права, которое выставляется основаніемъ этого иска. Таково содержаніе просительнаго пункта, которому должно вполнѣ соотвѣтствовать будущее судебное рѣшеніе. Фактическое признаніе права заключается въ устраненіи его нарушенія; если же это послѣднее состоитъ въ простомъ спорѣ противъ права, то устраненіе его будетъ заключаться уже въ признаніи права принадлежащимъ истцу. Но по общему правилу такого признанія недостаточно; отвѣтчикъ долженъ еще совершить какое нибудь положительное или отрицательное дѣйствіе, чтобы уничтожить нарушеніе. Требованіе истца поэтому заключается и въ томъ, чтобы судья призналъ отвѣтчика обязаннымъ совершить означенное дѣйствіе, condemnatio, на принужденіе къ которому и направлено слѣдующее за судебнымъ рѣшеніемъ исполненіе его (executio), которое было бы излишне, еслибы достаточно было простаго признанія принадлежности права истцу. Въ этомъ отношеніи слѣдуетъ различать три класса исковъ: иски, имѣющіе въ виду одну condemnatio, иски о condemnatio и о предшествующемъ ей признаніи права за истцомъ и наконецъ иски, вовсе не имѣющіе въ виду condemnatio.

---

[1]) §. 28. I. de action. (4,6). Это различіе утратило уже свое непосредственное практическое значеніе.

.. 1) Личные иски основываются на обязательствѣ, заключающемся въ томъ, что отвѣтчикъ долженъ что-нибудь истцу. Приговоръ о принадлежности права истцу выражается такъ: отвѣтчикъ обязанъ отдать истцу то, что слѣдуетъ ему по данному обязательству; такъ какъ въ этихъ словахъ очевидно заключается и самая condemnatio, то въ сущности съ простымъ признаніемъ права истца въ приговорѣ совпадаетъ и condemnatio отвѣтчика; таковы иски объ одной condemnatio.

2) Вещные иски основываются на такихъ правахъ, которыми не возлагается никакихъ опредѣленныхъ обязанностей на другое лицо, поэтому и приговоръ о принадлежности права истцу не будетъ имѣть характера condemnatio. Но такъ какъ устраненіе правонарушенія требуетъ еще извѣстнаго дѣйствія отвѣтчика, то необходимо включить въ рѣшеніе condemnatio; напр. признавъ, что истецъ есть собственникъ вещи, судья опредѣляетъ что отвѣтчикъ обязанъ возвратить ее ему, или же что отвѣтчикъ обязанъ, подъ страхомъ такого-то штрафа, воздерживаться отъ дальнѣйшаго препятствованія истцу осуществлять свое право на вещь и кромѣ того вознаградить истца за всѣ понесенные убытки. Таковы иски, соединяющіе въ себѣ признаніе права и condemnatio.

3) Нѣкоторые иски вовсе не ведутъ къ condemnatio, а ограничиваются простымъ признаніемъ извѣстнаго юридическаго отношенія существующимъ, praejudiciales actiones. Причина этого можетъ заключаться въ особенномъ характерѣ того права, изъ котораго эти иски вытекаютъ, не допускающемъ возможности говорить о возстановленіи осуществленія права посредствомъ какого-либо дѣйствія отвѣтчика, таковы напр. иски о признаніи извѣстнаго status. Въ видѣ процессуальной особенности можетъ случиться, что возстановленіе права противъ нарушенія станетъ предметомъ особаго процесса, по отношенію къ которому вышеупомянутый искъ является какъ praejudicium (но не всѣ подготовительные иски суть praejudiciales).

Особое примѣненіе сказаннаго встрѣчаемъ мы въ упомянутыхъ искахъ о раздѣлѣ. Опроверженіемъ этихъ исковъ является отрицаніе права общей собственности, общаго наслѣдства. Истецъ поэтому долженъ предварительно домогаться посредствомъ rei vindicatio и пр. признанія своего права; въ виду такой цѣли этого иска, вмѣсто condemnatio о выдачѣ части изъ общаго имущества, дается judicium divisorium, такъ что въ этомъ случаѣ rei vindicatio, или hereditatis petitio и пр. является преюдиціальнымъ искомъ потому, что онъ не имѣетъ въ виду кондемнаціи и служитъ для подготовленія иска о раздѣлѣ, цѣлью котораго будетъ уже эта condemnatio (слова

praejidiciales actiones in rem esse videntur означаютъ, что отвѣтчикъ не былъ называемъ въ intentio) [1]).

Иски, касающіеся имущества, могутъ сохранять или измѣнять его двоякимъ образомъ и притомъ по отношенію къ обѣимъ сторонамъ.

1) По отношенію къ истцу. Искъ долженъ либо сохранить его имущество въ настоящемъ его объемѣ, rem persequuntur, либо обогатить истца, или по крайнѣй мѣрѣ доставить ему возможность такого обогащенія—признаніемъ за нимъ права подвергнуть отвѣтчика извѣстному (гражданскому) наказанію, poenam persequuntur. Всѣ требованія, вытекающія изъ юридическихъ сдѣлокъ, хотя бы они на самомъ дѣлѣ и обогащали истца, относятся къ первому роду исковъ, такъ какъ обогащеніе здѣсь не было послѣдствіемъ иска.

Обѣ указанныя цѣли могутъ наконецъ соединяться въ одномъ и томъ же искѣ (mixtae actiones ср. также § 230).

2) По отношенію къ отвѣтчику. Искъ можетъ имѣть своею цѣлью изъятіе изъ имущества отвѣтчика того, что ему не принадлежитъ, и тѣмъ воспрепятствовать его обогащенію. Это бываетъ во всѣхъ искахъ, вытекающихъ изъ юридическихъ сдѣлокъ или хотя и имѣющихъ другія основанія, однако ограничивающихся только цѣнностями, пріобрѣтенными отвѣтчикомъ незаконно изъ чужаго имущества. Искъ можетъ также повлечь за собой обѣдненіе отвѣтчика, или по крайней мѣрѣ обусловить возможность такого обѣдненія, не ограничиваясь отнятіемъ у отвѣтчика чужихъ противозаконныхъ пріобрѣтеній. Таковы не только actiones poenales, но и иски о вознагражденіи за вредъ и убытки. Поэтому предметъ исковъ послѣдняго рода съ точки зрѣнія отвѣтчика нерѣдко обозначается словомъ poena. (Такъ что есть poenae съ обѣихъ сторонъ и poenae со стороны одного отвѣтчика. Савиньи называетъ эти actiones poenales односторонними и двусторонними.) [1])

---

[1]) Parbs ошибочно ограничиваетъ это правило только тою praejudicialis actio, которая подготовляетъ искъ о раздѣлѣ. Впрочемъ самое объясненіе Пухты слишкомъ процессуально. Составленіе формулъ безъ обозначенія лица было бы выражено словами in rem concipiuntur или scriptae sunt; оно же встрѣчается и въ личныхъ искахъ (actio quod metus causa) и въ exceptio metus; слова in rem esse videntur означаютъ: преюдиціальные иски сравнены съ вещными потому, что основаніемъ ихъ служитъ хотя и не вещное право (rem corporalem или incorporalem nostram esse), а jus personarum (libertas, ingenuitas и пр.), но все таки какое-либо абсолютное юридическое отношеніе, а не обязательство. *Прим. изд.*

[2]) System, т. V, §. 210.

Есть иски [1]), послѣдствіемъ которыхъ для отвѣтчика является наказаніе въ видѣ умаленія чести (actiones famosae) или увеличенія исковой суммы (lis crescit); впрочемъ это бываетъ только въ томъ случаѣ, когда онъ допустилъ тяжбу до condemnatio вслѣдствіе запирательства, или неповиновенія данному arbitrium judicis (§ 271).

Предметомъ иска можетъ служить или опредѣленный предметъ (certum), напр. во всѣхъ in rem actiones, или нѣчто такое (incertum), что еще должно быть опредѣлено судьею. Въ stricti judicii actiones встрѣчаются оба вида исковъ (condictio certi—искъ объ извѣстной суммѣ денегъ, condictio triticaria—искъ объ извѣстномъ предметѣ; обязанность исполненія договора и въ томъ и въ другомъ обозначается словомъ dare; condictio incerti, чаще actio, искъ неопредѣленный, обозначаемый словами dare facere), предметъ же всѣхъ actiones bonae fidei—всегда incertus.

4. По судопроизводству.

§ 85.

Въ древнемъ правѣ [1]) мы встрѣчаемъ подраздѣленіе исковъ на ordinariae actiones (направляемыхъ по ordo judiciorum privatorum) и extraordinariae (которые изслѣдовались и разрѣшались самимъ магистратомъ), далѣе на actiones in jus conceptae и in factum conceptae, наконецъ на самостоятельные и фиктивные иски, actiones quae sua vi ac potestate constant, actiones fictitiae. Указанное дѣленіе исковъ имѣетъ только исключительно историческое значеніе, но никакого практическаго.

Подраздѣленіе исковъ на actiones и interdicta, имѣетъ, собственно говоря, также одно историческое значеніе, однако оно становится важнымъ въ практическомъ отношеніи потому, что интердикты практикою отнесены къ суммарному процессу.

Еще большее практическое значеніе имѣютъ тѣ особенности, которыя свойственны такъ называемымъ judicia duplicia, искамъ о раздѣлѣ и интердикту retinendae possessionis. Всѣ эти иски отличаются равенствомъ сторонъ какъ по отношенію къ обязанности представлять доказательства, такъ и по отношенію къ condemnatio, такъ какъ результатомъ ихъ можетъ быть присужденіе къ чему-либо самого истца, что положительно невозможно при другихъ искахъ.

---

[1]) Изъ Пандектъ.

Интердикты давались въ формѣ преторскаго приказанія (restituas, exhibeas, veto) и имѣли своимъ послѣдствіемъ особое судопроизводство, уже устарѣвшее ко времени Юстиніана.

Интердиктомъ называется какъ самое приказаніе претора, такъ и основанный на немъ искъ (потому что интердиктъ въ первомъ смыслѣ служитъ основаніемъ для иска). Интердикты подраздѣляются на restitutoria, exhibitoria и prohibitoria. Истецъ основываетъ здѣсь свой искъ (съ формальной стороны) не на какомъ-нибудь состоятельномъ правѣ, а лишь на приказаніи претора и на нарушеніи этого приказанія отвѣтчикомъ. Этимъ и объясняется та матеріальная особенность иска по интердикту, что имъ можно требовать лишь тѣ плоды вещи, которые получены съ момента предъявленія иска, ex quo interdictum editum est [1]).

Интердикты [2]), по матеріальному своему основанію, раздѣляются на интердикты, назначенные для охраненія права, которое можетъ быть защищаемо и посредствомъ какой-нибудь actio (interdicta quae proprietatis causam habent), и на интердикты, имѣющіе цѣлью охраненіе извѣстнаго фактическаго отношенія, или простаго осуществованія права (possessionis causam habent); къ первой категоріи принадлежатъ interdicta adipiscendae possessionis, въ которыхъ владѣніе служитъ не основаніемъ иска, а его предметомъ [3]).

Рядомъ съ этими двумя видами интердиктовъ существуютъ иски (actiones), основанные въ int. proprietatis causa на томъ же самомъ правѣ, которое охраняется интердиктомъ, напр. interdictum Salvianum и actio Serviana, interdictum quorum bonorum и hereditatis petitio. Какъ путемъ интердикта, такъ и посредствомъ соотвѣтствующаго ему иска оспаривается и разрѣшается одно и тоже право. Поэтому лицу, котораго требо-

---

[1]) L. 3. D. de interd. (43, 1). Это правило извлечено компиляторами изъ L. 1. §. 40. D. de vi (43,16), помѣщено подъ титулъ de interdictis и потому получило видъ общаго правила. При int. de vi, fraudatorium и quod vi aut clam, вытекающихъ изъ преступленій, возвращаются всѣ плоды, полученные съ момента совершенія преступнаго дѣянія: L. 1. §. 40. D. cit., L. 25. §. 4. D quae in fr. (42,8), L. 38. §. 11. D. de usur. (22,1). *Прим. изд.*

[2]) Изъ Пандектъ.

[3]) Мнѣніе, будто int. adipiscendæ possessionis имѣютъ основою иска не владѣніе, а какое либо право, не основательно; см. Шмидтъ, Interdictenverfahren 1853, стр. 91. Дѣйствительно исковыми являются интердикты de locis publicis, sacris, religiosis (§ 35), а также интердикты, назначенные для охраненія правъ на свободнаго человѣка (§§ 398, 432) и для исправленія попорченной вещи (§ 139). *Прим. изд.*

ванія по интердикту были отвергнуты судомъ и которое вновь предъявитъ о томъ же искъ, грозитъ exceptio rei judicatae [1]).

При интердиктахъ possessionis causa, искъ (petitorisches Rechtsmittel) вытекаетъ уже изъ совершенно инаго права, чѣмъ самый интердиктъ (possessorisches Rechtsmittel), напр. первый — изъ собственности, второй — изъ владѣнія. Предметъ тяжбы и судебнаго рѣшенія въ томъ и въ другомъ случаѣ весьма различны, а потому и exceptio rei judicatae не имѣетъ здѣсь мѣста [2]).

Изъять изъ употребленія интердикты перваго рода долженъ былъ бы еще Юстиніанъ, если бы онъ обладалъ необходимою проницательностью. Теперь давно пора бы совершенно перестать примѣнять ихъ на практикѣ. Къ сожалѣнію, наши практики часто бываютъ непрактичны: означенное, ни къ чему не нужное подраздѣленіе интердиктовъ было сохранено ими и ему придано новое, вполнѣ ошибочное значеніе вслѣдствіе того, что юристы стали утверждать, будто тяжба въ обоихъ случаяхъ касается одного и того же предмета, но въ первый разъ она разрѣшается на время (provisorisch) и на основаніи большей или меньшей вѣроятности, а во второй разъ уже окончательно. Это мнѣніе они основывали на правилѣ, указанномъ въ примѣчаніи, но оно должно быть вполнѣ отвергнуто. Стеченіе обстоятельствъ дѣйствительно можетъ быть такого рода, что временное судебное рѣшеніе является необходимостью, но для удовлетворенія этой необходимости законодатель имѣетъ другія средства, какъ мы это увидимъ ниже въ наслѣдственномъ правѣ.

С. Прекращеніе исковъ.

§ 86 [3]).

Уничтоженіе права естественно всегда заключаетъ въ себѣ и уничтоженіе иска, съ нимъ связаннаго. Но право иска мо-

---

[1]) Ср. L. 2. D. de Salv. int. (43,33): In Salviano interdicto si in fundum communem duorum pignora sint ab aliquo invecta: possessor vincet et erit eis descendendum ad Servianum judicium. См. также § 217; Rudorff, Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. т. 12, стр. 237. Объ int. quorum bonorum см. Шмидтъ, cit. стр. 94. Само собою разумѣется, что для Actio, при дѣйствительной proprietatis causa интердикта, всегда возникаетъ res judicata: L. 3. §. 4. D. de lib. exhib. (43,30), L. 3. §. 7. D. de hom. lib. exh. (43,29), L. 1. §. 45. D. de aqua quot. (43,20). *Прим. изд.*

[2]) L. 14. §. 3. D. de exc. rei jud. (44,2): Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur.

[3]) Изъ Пандектъ.

жетъ уничтожиться само по себѣ и непосредственно, вслѣдствіе особыхъ причинъ, его прекращающихъ (Endigungsgrund); продолженіе бытія права, лишеннаго способовъ охраненія, еще мыслимо, но за то мыслимо и самое прекращеніе его вслѣдствіе уничтоженія процессуальныхъ средствъ для такаго охраненія: причина, непосредственно уничтожающая искъ, посредственно уничтожаетъ и самое право. Право иска прекращается или вслѣдствіе однократнаго фактическаго пользованія имъ, т. е. вслѣдствіе окончанія того процесса, введеніемъ къ которому онъ служитъ (§ 96 и 99), или вслѣдствіе извѣстныхъ обстоятельствъ, предшествующихъ предъявленію самаго иска. Къ этимъ послѣднимъ относятся: concursus actionum, смерть и давность.

1. Concursus actionum.

§ 87.

Concursus actionum, Concurrenz, стеченіе нѣсколькихъ исковъ можетъ послужить поводомъ къ прекращенію одного изъ нихъ; этого однако не должно смѣшивать съ тѣмъ, что мы сказали выше о вспомогательныхъ искахъ (конецъ 81 §); мы видѣли тамъ, что если для охраненія какого-либо права существуетъ особый искъ, то искъ вспомогательный не допускается, кромѣ actio doli и quod metus; такимъ образомъ, въ означенномъ случаѣ невозможно самое возникновеніе вспомогательнаго иска, а потому невозможно и стеченіе его съ другими исками. Изъ этого вытекаетъ слѣдующее важное послѣдствіе, что если та actio, которою былъ исключенъ вспомогательный искъ, осталась безъ послѣдствій или прекратилась вслѣдствіе давности, то для actio doli всетаки не будетъ основанія, потому-что возникновенію его препятствовалъ упомянутый искъ. Стеченіе исковъ само никогда не прекращаетъ одного изъ нихъ; прекращеніе является результатомъ или предъявленія иска, или даже его разрѣшенія.

1) Истецъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ имѣетъ возможность выбрать между нѣсколькими требованіями, которыя не могутъ быть одновременно преслѣдуемы судебнымъ порядкомъ потому, что они существенно различны между собой, или же объявлены таковыми положительнымъ закономъ; такъ, лицу можетъ предстоять выборъ между осуществленіемъ lex commissoria и обязательства, основаннаго на куплѣ-продажѣ, (въ томъ случаѣ напр. когда кто-либо совершилъ покупку подъ тѣмъ условіемъ, что продавецъ воленъ отказаться отъ сдѣлки, если покупатель въ

теченіи опредѣленнаго времени не уплатитъ слѣдующей ему суммы; продавецъ будетъ имѣть здѣсь право выбрать и предъявить искъ объ уничтоженіи сдѣлки, или объ уплатѣ продажной цѣны), или выборъ между actio redhibitoria и quanti minoris, между actio in factum de receptis и искомъ къ виновнику и пр. [1]). Предъявленіемъ одного изъ исковъ истецъ лишаетъ себя возможности предъявить другой искъ, каковъ бы ни былъ результатъ перваго иска.

2) Если нѣсколько исковъ имѣютъ одинаковый предметъ и одинаковую цѣль, то одновременное существованіе ихъ возможно до тѣхъ поръ, пока цѣль не будетъ достигнута посредствомъ разрѣшенія одного изъ нихъ. Если цѣль нѣсколькихъ исковъ вполнѣ тождественна, то по достиженіи ея посредствомъ одного изъ нихъ, другіе иски не могутъ имѣть мѣста. Въ этомъ только случаѣ существуетъ дѣйствительное прекращеніе иска вслѣдствіе concursus его съ другими.

Основаніе такого прекращенія слѣдующее: нельзя искать одного и того же нѣсколько разъ; нельзя вторично требовать того, что уже достигнуто однимъ искомъ. Условіемъ воспрещенія вторичнаго иска служитъ здѣсь единство предмета обоихъ исковъ напр. при condictio furtiva и rei vindicatio, при actio communi dividundo и actio pro socio, насколько впрочемъ первою имѣются въ виду praestationes personales. Указанное основаніе прекращенія исковъ не примѣняется однако къ тѣмъ случаямъ, когда послѣдствіемъ исковъ является присужденіе отвѣтчика къ нѣсколькимъ различнымъ наказаніямъ; поэтому если какое-либо дѣяніе лица подходитъ подъ понятіе нѣсколькихъ преступленій, то можетъ быть предъявлено нѣсколько actiones poenales, напр. въ случаѣ тѣлеснаго наказанія чужаго раба можно предъявить къ виновному actio injuriarum и actio legis Aquiliae. Впрочемъ это правило раздѣляется далеко не всѣми римскими юристами, по крайней мѣрѣ относительно примѣненія его къ нѣкоторымъ случаямъ [2]).

---

[1]) L. 7. D. de lege comm. (18,3), §. 16. I. de obl. ex del. (4,1), L. 3. §. 5. D. nautæ caup. (4,9), L. 5. §. 1. D. de calumn. (3,6).

[2]) Ср. L. 1. §. 21. 22. D. de tut. act. (27,3), L. 60. D. de O. et A. (44,7), L. 9 C. de accus. (9,2), L. 11. §. 2. D. ad. l. Aquil. (9,2), L. 55. §. 1. D. de adm. et. peric. tut. (26,7), L. 1. §. 9, L. 18. §. 2. D. de injur. (47,10), L. 3. §. 1. D. de duob. reis. (45,2). Особенно сильный споръ вызывало стеченіе Аквиліева иска съ actio arborum furtim cæsarum и съ actio injuriarum. Павлъ въ обоихъ случаяхъ признавалъ частичное стеченіе, то есть допускалъ Аквиліевъ искъ относительно излишка, напр. относительно duplum и издержекъ на лечеліе: L. 34. pr. D. de O. et A. (44,7), L. 1. 11. D. arb. furt. cæs. (47,7), тогда какъ другіе высказывались въ пользу полнаго

Тождество предмета иска исключаетъ вторичный искъ лишь настолько, насколько этотъ предметъ или цѣль достигнуты первымъ искомъ. Поэтому, если второй искъ выгоднѣе для истца, то онъ можетъ во второй разъ требовать предоставляемый ему этимъ искомъ излишекъ. Разсматриваемый до сихъ поръ видъ стеченія исковъ можетъ происходить между одними и тѣми же лицами, то есть противъ того же отвѣтчика, и называется *объэктивнымъ* стеченіемъ (objectiver Concurs); въ случаѣ же стеченія исковъ, происходящаго вслѣдствіе наличности нѣсколькихъ лицъ, обязанныхъ отвѣчать по солидарному обязательству, будетъ такъ называемое *субъэктивное* стеченіе (subjectiver Concurs), таково напр. положеніе нѣсколькихъ виновниковъ въ преступленіи по отношенію къ обязанности вознаградить за происшедшіе отъ него вредъ и убытки. Вышеуказанныя основныя начала стеченія исковъ вполнѣ примѣняются и къ этому случаю. Но такаго стеченія отнюдь не убусловливаетъ корреальное обязательство, изъ котораго возникаетъ не нѣсколько исковъ, а лишь одинъ искъ.

Всѣ случаи стеченія исковъ, обусловливающаго уничтоженіе одного изъ нихъ, называютъ *элективнымъ* стеченіемъ; но это названіе вовсе не подходящее, такъ какъ причиной уничтоженія иска служитъ вовсе не выборъ между нѣсколькими исками. Ему противополагается *собирательное, кумулативное* стеченіе, то-есть конкуренція между исками въ какомъ-нибудь другомъ отношеніи, не обусловливающая ихъ уничтоженія. Совпаденіе двухъ или нѣсколькихъ исковъ въ моментъ возникновенія, если между ними не существуетъ тождества предмета, напр. при оскорбленіи замужней женщины, при кражѣ (кто оскорбляетъ замужнюю женщину, тотъ тѣмъ самымъ одновременно наноситъ

исключенія втораго иска предъявленіемъ перваго; наконецъ третьи говорили, что возможно одновременное бытіе обоихъ исковъ: L. 15. §. 46. D. de injur. (47,10), L. 6. D. ad l. Iul. de adult. (48,5). Нельзя сказать опредѣленно, какое изъ этихъ мнѣній раздѣлялъ Юстиніанъ; Савиньи (System, т. V, стр. 241) думаетъ, что таковымъ было третье мнѣніе; однако тѣ законы, на которые онъ ссылается (L. 32. D de O. et A. (44,7), L. 60. 130. D. de R. I. (50,17), содержатъ въ себѣ опроверженіе одного втораго мнѣнія и рѣшенія Юстиніана въ L. 20. C. de furt. (6,2); §. 8. I. de obl. ex del. (4,1) касалось случая, не считавшагося никогда спорнымъ между римскими юристами: Huschke, Zeitsch. f. Civilr. und Pr. нов. сер. т. II. 1846, стр. 192. Первое мнѣніе имѣетъ за себя многія внутреннія основанія, а въ отношеніи къ actio furti и vi bonorum raptorum стеченіе даже безспорно: L. 88. D. de furt. (47,2), L. 1. D. de vi bon. rapt. (47,8), L. 2 §. 10 D. eod.: Ceterum neque furti actio neque legis Aquiliæ contributæ sunt in hoc edicto, licet interdum communes sint cum hoc edicto, также не отрицаетъ стеченія исковъ.

Прим. изд.

оскорбленіе ея мужу, такъ что оба могутъ предъявить искъ объ обидѣ; о кражѣ могутъ быть вчинены actio furti—о наказаніи и condictio furtiva—о возвращеніи вещи и оба иска могутъ быть предъявлены одновременно), при искѣ о наказаніи нѣсколькихъ соучастниковъ въ преступленіи, при обязательствѣ нѣсколькихъ лицъ pro parte, возникшемъ изъ юридической сдѣлки, при поврежденіи или завладѣніи вещью, принадлежащею нѣсколькимъ лицамъ. Точно также не составляютъ собственнаго concursus actionum тѣ случаи совпаденія нѣсколькихъ исковъ въ одномъ и томъ же лицѣ, истцѣ или отвѣтчикѣ все равно, когда предметъ этихъ исковъ не одинаковъ.

Кромѣ указанныхъ видовъ стеченія исковъ, была рѣчь о *послѣдовательномъ* стеченіи (successiver C.), къ которому относили нѣсколько исковъ, изъ которыхъ одинъ служилъ подготовкою для другаго, напр. actio ad exhibendum для rei vindicatio, rei vindicatio для actio communi dividundo, искъ противъ главнаго должника для иска противъ поручителей и пр. Но все это не имѣетъ ни малѣйшаго отношенія къ уничтоженію исковъ и потому здѣсь объ этомъ вовсе не должно быть и рѣчи.

2. Смерть.

§ 88.

Иски [1]) суть составныя части имущества и потому переходятъ къ наслѣдникамъ лица, управомоченнаго на искъ, actiones heredibus competunt (активный переходъ), и обращаются противъ наслѣдниковъ отвѣтчика, actiones in heredes dantur (пассивный переходъ).

Активный переходъ естественно предполагаетъ наслѣдственность того права, изъ котораго вытекаетъ искъ; поэтому этотъ переходъ не возможенъ по отношенію къ искамъ о правахъ неимущественныхъ, напр. къ искамъ, основаннымъ на отеческой власти: здѣсь искъ прекращается одновременно съ прекращеніемъ отеческой власти. На этомъ же основаніи не переходятъ по наслѣдству actiones populares, т. е. иски, на которые уполномоченъ каждый римскій гражданинъ, какъ представитель государства, какъ защитникъ правъ и интересовъ общественныхъ. Каждый наслѣдникъ, если только онъ римскій гражданинъ, имѣетъ самостоятельное право на такой искъ;

---

[1]) Изъ Пандектъ.

въ указанномъ видѣ представительства государства гражданами его нѣтъ ничего наслѣдственнаго. Другое дѣло, когда искъ уже предъявленъ лицомъ и доведенъ имъ до litis contestatio; въ этомъ случаѣ истцу долженъ принадлежать тотъ предметъ, о которомъ вчиненъ искъ; actio popularis, вслѣдствіе litis contestatio, сдѣлалась уже частнымъ его имуществомъ, а потому стала и наслѣдственною.

Кромѣ того есть цѣлый рядъ исковъ, которые хотя и вытекаютъ изъ гражданскихъ правъ, даже изъ обязательствъ, т. е. изъ правъ имущественныхъ, но не могутъ считаться составными частями имущества потому, что такой взглядъ на нихъ противорѣчитъ ихъ матеріальному характеру и даже можетъ казаться безнравственнымъ; это—иски, посредствомъ которыхъ лицо имѣетъ въ виду отмстить за нанесенное ему оскорбленіе, actiones vindictam spirantes. [1]) Типомъ такихъ исковъ служитъ искъ объ обидѣ, actio injuriarum; имъ требуется денежное наказаніе отвѣтчика, но постыдно было бы считать его средствомъ обогащенія лица обиженнаго или его наслѣдниковъ. Точно также слѣдуетъ смотрѣть и на всѣ остальные иски, сравненные съ указаннымъ типомъ. Эти иски не переходятъ къ наслѣдникамъ истца по двумъ причинамъ: 1) допустить такой переходъ—значило бы признать эти иски средствомъ для обогащенія и 2) наслѣдникъ не можетъ считаться представителемъ ощущеній, чувствъ наслѣдодателя. Сказанное однако относится только къ искамъ, оставшимся не предъявленными до смерти лица; litis contestatio также уничтожаетъ ненаслѣдственность этихъ исковъ. Итакъ, всѣ указанныя изъятія изъ активнаго перехода исковъ коренятся въ самой природѣ вещей; ихъ едва ли даже можно назвать исключеніями, такъ какъ самое правило не распространяется на нихъ.

Случаи исключеній изъ пассивнаго перехода исковъ по наслѣдству имѣютъ отчасти такой же характеръ. Самое правило перехода основано на томъ, что со стороны отвѣтчика иски

---

[1]) Таковы: 1. injuriarum actio,
2. in factum actio, предоставленная родственнику и патрону, противозаконно призваннымъ на судъ.
3. querela inofficiosi,
4. actio sepulcri violati,
5. in factum actio о препятствованіи погребенію,
6. in factum actio противъ лица, получившаго деньги за calumnia,
7. Искъ объ убыткахъ, происшедшихъ отъ расторженія брака, вчиняемый противъ виновной стороны,
8. Искъ дарителя о возвращеніи ему дара вслѣдствіе неблагодарности одареннаго. Изъ Пандектъ.

являются способами уменьшенія его имущества,—минусами въ имуществѣ, которые такъ же переходятъ къ его наслѣдникамъ, какъ и плюсы. Это основное начало предполагаетъ однако обязанность наслѣдодателя отвѣчать по иску въ силу какой-нибудь постоянной, прочной причины; оно поэтому не можетъ имѣть примѣненія, если основа иска, предъявленнаго противъ него, была непостоянная: напр. если наслѣдодатель являлся отвѣтчикомъ, въ качествѣ собственника вещи, или владѣльца ея— actio noxalis, actio ad exhibendum. Въ вещныхъ искахъ это встрѣчается хотя и часто, но далеко не всегда. Такимъ образомъ если наслѣдодатель являлся отвѣтчикомъ по иску только до тѣхъ поръ, пока онъ находился въ такомъ положеніи, что временно обязанъ былъ отвѣчать, то искъ этотъ можетъ сдѣлаться обязательнымъ для наслѣдника подъ тѣмъ же условіемъ т. е. если онъ, принявъ наслѣдство, остался въ томъ же положеніи.

Естественное исключеніе изъ упомянутаго основнаго правила представляютъ наказанія. Наказаніе утратило бы свой исключительный характеръ, еслибы оно, кромѣ виновника въ совершеніи недозволеннаго дѣйствія, падало на другое лицо, при чемъ вполнѣ безразлично наказывается ли лицо физически или, какъ въ гражданскихъ наказаніяхъ, имущественно. Отсюда вытекаетъ правило: heres in poenam non succedit. Но вслѣдствіе litis contestatio обстоятельства перемѣняются: благодаря ей, между истцомъ и отвѣтчикомъ установилось обязательство исполнить приговоръ; обязанность исполненія переходитъ уже къ наслѣднику отвѣтчика.

Римское право сдѣлало однако еще большій шагъ впередъ. Оно вообще исключило пассивный переходъ actiones poenales (исковъ о наказаніи лица, о вознагражденіи за вредъ и убытки, или о томъ и другомъ вмѣстѣ) въ томъ случаѣ, когда они не были предъявлены къ самому наслѣдодателю. Оно взглянуло на всякое преступленіе, какъ на нѣчто индивидуальное, почему и послѣдствія его должны были падать только на данный индивидуумъ (такое же начало существовало и въ древне-германскомъ правѣ).

Это римское правило съ теченіемъ времени претерпѣвало все большія и большія измѣненія. Можно пожалуй сказать, что обязанность вознагражденія за вредъ и убытки есть уже само по себѣ наказаніе для отвѣтчика (см. выше), такъ какъ она вытекаетъ не изъ обогащенія его; къ этому соображенію примкнуло еще то, что наслѣдникъ не долженъ обогащаться вслѣдствіе преступленія наслѣдодателя. Если же ему по наслѣдству досталось что-либо пріобрѣтенное наслѣдодателемъ посредствомъ

преступленія, то онъ отвѣчаетъ не только по иску о вознагражденіи за вредъ и убытки, происшедшія отъ преступленія, но даже и по иску о наказаніи за оное.

Римское право пошло еще далѣе, расширивъ отвѣтственность наслѣдника истолкованіемъ словъ pervenire ad heredem не въ смыслѣ дѣйствительнаго обогащенія, но въ смыслѣ всего наслѣдства, доставшагося наслѣднику [1]).

Наконецъ каноническое право установило, что наслѣдники отвѣтчика обязаны вознаграждать истца за вредъ и убытки всѣмъ доставшимся имъ наслѣдствомъ, независимо отъ дѣйствительнаго обогащенія, обусловленнаго преступленіемъ, такъ что различіе между исками по юридическимъ сдѣлкамъ и по преступленіямъ сохранилось лишь въ томъ, что вслѣдствіе первыхъ наслѣдникъ могъ лишиться даже своего имущества, а при проигрышѣ вторыхъ онъ лишался только унаслѣдованнаго имущества. Это постановленіе, назначенное собственно для духовныхъ судовъ, было однако принято и судами свѣтскими [2]).

Всѣ actiones populares обсуждаются по началамъ, указаннымъ для actiones poenales; предметъ ихъ имѣетъ для истца всегда значеніе выгоды, такъ какъ онъ по иску получаетъ нѣчто такое, что не входило прежде въ составъ его имущества, поэтому-то actio popularis не переходитъ passive на наслѣдниковъ [3]). Искъ противъ лица dolo desinens possidere трактуется аналогически съ actiones poenales о вознагражденіи за вредъ и убытки.

Смерть отвѣтчика не имѣетъ никакаго вліянія на другіе иски по юридическимъ сдѣлкамъ vel quasi, хотя бы поводомъ къ иску служило недозволенное дѣйствіе или dolus. Такова напр. condictio furtiva, которую ошибочно считали за actio poenalis, обращаемую in solidum противъ наслѣдниковъ отвѣтчика, составляющую поэтому исключеніе изъ общаго правила. На этомъ основывается напр. установленное Мюленбрухомъ [4]) правило, что actiones poenales объ одномъ вознаграж-

---

[1]) Ср. L. 127. D. de R. I.: Cum praetor in heredem dat actionem, quatenus ad eum pervenit, sufficit si vel momento ad eum pervenit ex dolo defuncti. L. 17 D. quod met. (4 2).

[2]) c. 14. X. de sepult. (3,28), c. 5. X. de raptor. (5,17), c. 9. X. de usur. (5,19), c. 28. X. de sent. excomm. (5,39). Слова второй цитаты: juxta facultates suas condigne satisfaciant должны быть относимы къ составу наслѣдства. Принятіе этого правила свѣтскими судами находится въ связи съ отказомъ отъ дѣйствовавшаго въ древнѣйшемъ германскомъ правѣ принципа безусловной, полной безотвѣтственности наслѣдниковъ отвѣтчика. *Прим. изд.*

[3]) L. 8. D. de popul. act (47,23).

[4]) Lehrbuch § 611.

денія за вредъ и убытки, на ряду съ которыми возможны и чистыя actiones poenales—о наказаніи, безусловно обращаются противъ наслѣдниковъ, даже когда они сопровождаются обманомъ. Тоже должно сказать и объ actio rerum amotarum, если только она носитъ характеръ condictio [1]).

Иски по договорамъ (Contractsklagen) не прекращаются вслѣдствіе смерти отвѣтчика, напр. actio depositi при dolus со стороны наслѣдодателя; однако наслѣдники не подвергаются установленному гражданскому наказанію, (poena dupli, при такъ-называемомъ depositum miserabile, уменьшалась на половину и наслѣдники отвѣчали лишь за simplum), такъ какъ и здѣсь дѣйствительно правило heres in poenam non succedit.

Одно изъ законоположеній Институцій [2]) какъ бы уравниваетъ иски по договорамъ съ исками о вознагражденіи за вредъ и убытки, причиненные преступленіемъ. Такое правило вполнѣ противорѣчило бы многимъ рѣшеніямъ, встрѣчаемымъ въ остальныхъ частяхъ юстиніановскаго законодательства. Оно заимствовано у Гая, который въ примѣръ къ нему приводитъ искъ противъ sponsor'a и fideipromissor'a. Для составителей Институцій этотъ примѣръ уже не годился, такъ какъ самый институтъ, изъ котораго онъ взятъ, болѣе въ то время не существовалъ въ юстиніановскомъ правѣ; поэтому имъ слѣдовало уничтожить самое правило, а не ограничиваться однимъ примѣромъ; сохраняя означенное правило, они имѣли въ виду actio depositi in duplum, напр. Θеофилъ. Это, какъ мы сказали выше, ошибка, и потому мы должны считать цитированное мѣсто, какъ бы вовсе не существующимъ. Напротивъ Пандекты представляютъ намъ примѣръ того, что искъ по юридической сдѣлкѣ не переходитъ противъ наслѣдниковъ отвѣтчика, именно—искъ rationibus distrahendis, вытекающій изъ quasi contractus опеки; этотъ искъ долженъ былъ указать Θеофилъ [3]).

---

[1]) См. L. 24—26. 29 D. rer. amot. (25,2); съ другой стороны обсужденіе этого иска по началамъ, указаннымъ для actiones poenales, встрѣчается въ законѣ Діоклетіана L 3. C. rer. amot. (5,21), который, можно думать, примѣнимъ къ случаямъ, не подходящимъ подъ условія condictio; однако, вѣроятнѣе всего, здѣсь существуетъ дѣйствительное противорѣчіе между означенными законами. Изъ Пандектъ.

[2]) §. 1. I. de perp. et temp. act. (4,12):—aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit, (veluti) cum testator dolose versatus sit (ex deposito), et ad heredem ejus nihil ex dolo pervenerit. Cp. Gajus IV. §. 113: aliquando tamen (etiam) ex contractu actio neque heredi neque in heredem competit. Nam adstipulatoris heres non habet actionem, et sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur.

[3]) Actio ration. distr. не есть искъ по преступленію, L. 1. §. 21. D. de

3. Исковая давность.

§ 89.

Подъ именемъ [1]) исковой давности, одной изъ главнѣйшихъ причинъ уничтоженія исковъ,—разумѣется потеря права иска, вслѣдствіе пропущенія установленнаго закономъ срока для его предъявленія.

Понятіе исковой давности было совершенно чуждо древнему римскому праву, гдѣ, вслѣдствіе истеченія извѣстнаго времени, могло уничтожиться лишь само право, а съ нимъ вмѣстѣ уничтожался и искъ (напр. usucapio вещи); но особыхъ сроковъ для уничтоженія однихъ исковъ не было. Исковая давность прежде всего появляется въ преторскомъ правѣ. Преторы, при извѣстныхъ условіяхъ, считали необходимымъ допустить ее по отношенію къ вводимымъ ими новымъ искамъ, съ тѣмъ чтобы отвѣтчикъ, если право его въ теченіи извѣстнаго времени не было оспорено, могъ уже быть совершенно гарантированъ отъ чьихъ либо притязаній. Срокомъ для такаго оспариванія обыкновенно назначался одинъ годъ. Допустить такое ограниченіе правъ истца казалось справедливымъ 1) въ искахъ, доставляющихъ ему извѣстную выгоду—въ преторскихъ штрафныхъ искахъ (actiones poenales), и 2) въ тѣхъ искахъ, результатомъ которыхъ является умаленіе имущества отвѣтчика, въ искахъ о безусловномъ вознагражденіи за вредъ и убытки. Отъ дѣйствія годичной исковой давности изъяты были тѣ иски, которые, не обогащая истца и не обѣдняя отвѣтчика, просто лишали послѣдняго тѣхъ цѣнностей, которыя достались ему незаконно [2]).

Исковая давность была впослѣдствіи распространена и на эдильскіе иски, отступающіе отъ основы jus civile; срокъ давности для нихъ назначенъ былъ отчасти даже меньше года.

Разсматриваемый институтъ распространялся постепенно не только по всей области гражданскаго права вообще, но даже и на тѣ иски, которые основывались на особыхъ, сингулярныхъ

---

tut. act. (27, 3):—ex una obligatione duas actiones, и всетаки не обращается противъ наслѣдниковъ отвѣтчика. L. 1. §. 23. eod.

[1]) Изъ Пандектъ.

[2]) L. 35. pr: D. de O. et A. (44, 7): In honorariis actionibus sic esse definiendum, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum.

правахъ, напр. на искъ казны о завладѣніи ея имѣніями и на querela inofficiosi.

Не смотря на такое распространеніе института давности, онъ сохранялъ во все классическое время юриспруденціи сравнительно незначительный объемъ. Большинство исковъ, носившихъ названіе actiones perpetuae, не подлежало ея дѣйствію, иски же, погашаемые давностью и составлявшіе какъ бы исключеніе изъ общаго правила, назывались actiones temporales.

Другое направленіе получилъ означенный институтъ вслѣдствіе закона Ѳеодосія II, изданнаго въ 424 году. Всѣ иски, бывшіе до этого времени вѣчными, должны были подлежать дѣйствію 30-лѣтней давности. Появившееся на практикѣ стремленіе какъ нибудь избѣгнуть этого ограниченія вызвало нѣсколько законовъ Анастасія и Юстиніана, которыми подтверждалось строгое соблюденіе его, причемъ однако для небольшаго числа исковъ срокъ давности увеличенъ до 40 лѣтъ. Прежнее различіе въ терминологіи actiones perpetuae и temporales сохранило свою силу.

По римскому праву изъяты были отъ дѣйствія давности: vindicatio in libertatem, vindicatio колониста патрономъ его, куріала—тѣмъ городомъ, къ которому онъ принадлежитъ, и искъ о взысканіи податныхъ недоимокъ—вслѣдствіе особеннаго закона [1]). Правило о томъ, что всѣ иски подлежатъ дѣйствію давности, представляетъ въ дѣйствующемъ правѣ только одно исключеніе, да и то не полное, основанное на томъ принципѣ, что со всякаго рода общностью правъ связано право на уничтоженіе, на раздѣлъ этой общности; погашеніе давностью иска о раздѣлѣ было бы вполнѣ равносильно принужденію къ вѣчному существованію общности правъ. Искъ о раздѣлѣ не подлежитъ дѣйствію давности также и потому, что даже въ случаѣ уничтоженія права иска, это право само собой возникало бы вновь. Однако иски этого рода не вполнѣ изъяты отъ дѣйствія давности; она имѣетъ значеніе для нихъ въ томъ случаѣ, когда самые иски имѣютъ въ виду praestationes personales, или споръ противъ частнаго раздѣла (Privattheilung) [2]).

Скажемъ нѣсколько словъ относительно цѣли новыхъ законовъ объ исковой давности. Чѣмъ отдаленнѣе отъ насъ моментъ возникновенія извѣстнаго требованія, тѣмъ труднѣе добиться удостовѣренія его справедливости. Если-бы эта трудность пред-

---

[1]) L. 3. C. de l. t. praescr. qu. pro lib. (7,22), L. 23. pr. C. agric (11, 47), L. 5. C de praescr. XXX annor. (7, 39), L. 6. C. eod.

[2]) L. 1. §. 1. C. de annali exc. (7, 40).

ставляла извѣстныя невыгоды только для истца, то ему не было бы вовсе необходимости въ давности, общей всѣмъ искамъ. Но промедленіе въ предъявленіи иска можетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ невыгоды для отвѣтчика тѣмъ, что затруднитъ его защиту. Онъ въ это время можетъ утратить доказательства исполненія своихъ обязательствъ, напр. возмемъ простѣйшій случай, онъ можетъ утратить доказательства уплаты долга. Поэтому представляется вполнѣ справедливымъ—предоставить ему защищаться посредствомъ ссылки на истеченіе давности. Хотя истецъ не всегда съ умысломъ (dolose) откладываетъ на продолжительное время предъявленіе иска, однако намъ кажется вполнѣ справедливымъ подвергнуть извѣстнымъ невыгодамъ отъ просрочки его, а не отвѣтчика. Предоставленіемъ истцу довольно значительнаго промежутка времени для осуществленія его права достаточно удовлетворяются требованія справедливости; впрочемъ при нѣкоторыхъ условіяхъ для той же цѣли представляется уже достаточнымъ даже и сравнительно краткій срокъ.

Условія исковой давности.

§ 90.

Условія исковой давности слѣдующія: искъ долженъ возникнуть (вопросъ о началѣ исковой давности), искъ долженъ быть пропущенъ (теченіе давности) и установленный закономъ срокъ долженъ быть просроченъ (конецъ давности).

Actioni nondum natae non currit praescriptio. Возникновеніе здѣсь понимается не въ общемъ смыслѣ, а въ особенномъ, въ смыслѣ наступленія повода къ иску. Это прямо слѣдуетъ изъ понятія давности: искъ, не предъявленный лицомъ вслѣдствіе отсутствія повода, нельзя считать погашеннымъ давностью. Actio только въ томъ случаѣ должна считаться nata, когда наступило правонарушеніе со стороны отвѣтчика, дающее возможность предъявить къ нему искъ. Примѣненіе этого принципа на практикѣ вызвало много споровъ и ошибокъ.

Условіе actio nata всего очевиднѣе въ вещныхъ искахъ, такъ какъ здѣсь, до момента правонарушенія, нѣтъ отвѣтчика, а потому не можетъ быть и рѣчи о давности; нельзя считать погашеннымъ давностью искъ о признаніи моего права собственности на вещь въ то время, когда я еще владѣю ею. То же будетъ впрочемъ, когда моею вещью владѣетъ meo nomine другое лицо, являющееся такимъ образомъ естественнымъ (фактическимъ) владѣльцемъ. Въ данномъ случаѣ также

нѣтъ никого, противъ кого я имѣлъ бы право вчинить искъ, который поэтому и не можетъ быть погашенъ давностью. Многіе думали, что здѣсь возможно предъявить искъ противъ этого фактическаго владѣльца, напр. противъ арендатора. Но, возразимъ мы, пока арендаторъ владѣетъ вещью именемъ собственника ея, до тѣхъ поръ этотъ послѣдній владѣетъ какъ бы самъ, а потому и не можетъ жаловаться. Только съ той минуты, когда указанное отношеніе измѣнится вслѣдствіе прекращенія владѣнія со стороны собственника, или вслѣдствіе какаго-либо дѣянія фактическаго владѣльца, можно сказать что возникло право иска.

Въ личныхъ искахъ отвѣтчикъ находится на лицо уже до правонарушенія. Это привело многихъ къ ошибочному выводу, что слѣдуетъ считать начало теченія давности съ момента возникновенія обязательства. Но и здѣсь имѣетъ полную силу вышеуказанное правило о моментѣ возникновенія иска. Вѣритель до тѣхъ поръ, пока право его не нарушено, не можетъ искать и потому не можетъ утратить своего права иска вслѣдствіе давности; должникъ же не всегда нарушаетъ право вѣрителя тѣмъ, что состоитъ должникомъ. Особенное вниманіе слѣдуетъ обратить на слѣдующіе случаи:

1) Назначеніе срока платежа отсрачиваетъ искъ, а вмѣстѣ съ нимъ и начало исковой давности. Только съ наступленіемъ этого срока искъ считается возникшимъ; послѣ наступленія не нужны ни mora, ни напоминанія должнику (Interpellation).

2) Такимъ же характеромъ отличается долгъ по востребованію. Востребованіемъ опредѣляется срокъ платежа. Вслѣдствіе пропуска его непосредственно, или пропуска отсрочки, данной при востребованіи, начинается теченіе исковой давности. Невѣрно мнѣніе, будто теченіе ея начинается съ момента совершенія займа, основанное на ложномъ правилѣ, будто право иска можно считать возникшимъ, если во власти кредитора придать неплатежу долга противозаконный характеръ. Это правило—чистѣйшая выдумка [1]). Вопросъ можетъ только заключать-

---

[1]) Новѣйшіе защитники этого мнѣнія, напр. Вангеровъ, Arch. f. civ. Pr. XXXIII (1850), 12, Brinz, Windscheid и др. ссылаются, за неимѣніемъ внутреннихъ основаній, на L. 94. §. 1. D. de solut. (46, 3): sin autem communes nummos credam aut solvam, confestim pro parte mea nascetur et actio et liberatio, которая сюда вовсе не относится потому, 1) что Паниніанъ не могъ при искѣ по займу имѣть въ виду ни praescriptio XXX annorum, ни какого-либо другаго вида исковой давности и 2) что указываемое здѣсь противоположеніе можетъ быть началомъ обязательства, а не иска. Отсюда слѣдуетъ, что въ цитатѣ слово actio употреблено въ смыслѣ obligatio.

Прим. изд.

ся въ томъ, есть ли поводъ къ иску, а не въ томъ, какъ явился тотъ или другой поводъ. Иначе пришлось бы отнести это правило и къ срочному займу, такъ какъ здѣсь назначеніе срока также зависитъ отъ кредитора.

3) Если не назначено опредѣленнаго или неопредѣленнаго срока для платежа по сдѣлкѣ, то вѣритель можетъ предъявить свое требованіе тотчасъ же по ея заключеніи, cedit et venit dies, поэтому и теченіе давности начинается тотчасъ же и нѣтъ необходимости въ mora. Началу давности не препятствуетъ существованіе какой-либо exceptio dilatoria, напр. exceptio excussionis или exceptio non impleti contractus, если только эта эксцепція не основана на платежномъ срокѣ, установленномъ договоромъ или закономъ.

4) Нѣкоторое отступленіе представляетъ случай, когда при займѣ съ процентами обѣ стороны разсчитываютъ на существованіе ихъ сдѣлки въ теченіи извѣстнаго періода времени. Въ другихъ случаяхъ теченіе давности начинается съ момента неуплаты въ срокъ, но оно прерывается вслѣдствіе дѣйствительной уплаты процентовъ [1]).

5) Вообще теченіе давности не начинается, когда извѣстное обязательственное отношеніе должно, по согласію контрагентовъ, существовать впродолженіи извѣстнаго времени, хотя бы вѣритель могъ произвольно прекратить его бытіе, напр. при depositum. Давность начинаетъ течь только послѣ того, какъ депонентъ потребуетъ возвращенія поклажи, а депозитарій не возвратитъ ея, или совершитъ такое дѣйствіе, которое представляется нарушеніемъ его обязанностей ex deposito.

Что же касается доказательствъ начала давности, то должникъ обязанъ доказать лишь тотъ моментъ времени, когда требованіе истца получило свое основаніе (Begruendung). Случай, указанный въ 3 рубрикѣ, разрѣшается на основаніи предположеній, тогда какъ остальные основаны на особомъ, выраженномъ или молчаливомъ, опредѣленіи. Если же вѣритель, опираясь на такое особое опредѣленіе, будетъ утверждать, что теченіе давности началось позднѣе, то онъ обязанъ привести тому надлежащія доказательства [2]).

---

[1]) L. 7. §. 5., L. 8. §. C. de pr. XXX ann. (7, 39), L. 5. C. de duob. reis (8, 40).

[2]) Усмотрѣнное Вагнеровымъ, Leitfaden. I. (1851) стр. 252, явное внутреннее противорѣчіе между указаннымъ въ текстѣ onus probandi истца и правиломъ, высказаннымъ во 2 рубрикѣ, дѣйствительно существовало бы тогда, еслибы здѣсь шла рѣчь о какомъ-либо условіи давности, а не объ особенномъ препятствіи къ ея началу. *Прим. изд.*

Необходимо еще указать на примѣненіе исковой давности къ многосрочнымъ обязательствамъ (terminweise Leistungen [1]). Здѣсь слѣдуетъ различать два случая. Эти обязательства являются:

1) Или придатками къ какому-либо обязательству, напр. проценты къ займу, и тогда погашаются давностью одновременно съ главнымъ обязательствомъ.

2) Или главными. Отказъ по завѣщанію опредѣленнаго дохода на извѣстное число лѣтъ состоитъ изъ столькихъ отдѣльныхъ отказовъ, сколько лѣтъ въ данномъ срокѣ. Поэтому о каждомъ изъ нихъ долженъ быть предъявленъ самостоятельный искъ, который и погашается давностью отдѣльно отъ остальныхъ; то же должно сказать и объ обѣщаніи дохода. Хотя здѣсь одно обѣщаніе и одно обязательство разложены на нѣсколько частей, однако они должны быть обсуждаемы въ вышеуказанныхъ соображеніяхъ какъ нѣсколько обѣщаній или обязательствъ.

Второе условіе касается теченія давности. Давность не должна прерываться во все установленное время, или, иначе говоря, истецъ долженъ былъ постоянно находиться въ такомъ положеніи, чтобы ему можно было всегда приписать промедленіе въ предъявленіи иска (промедленіе не непремѣнно вслѣдствіе culpa). Перерывъ наступаетъ въ томъ случаѣ, когда поводъ къ иску уничтожается, напр. въ искахъ противъ владѣльца,— когда личность владѣльца измѣняется. Отступленіе существуетъ при преемствѣ, accessio temporis, когда новый владѣлецъ вступаетъ по преемству на мѣсто прежняго, напр. вслѣдствіе покупки; теченіе давности въ этомъ случаѣ не прерывалось и новый владѣлецъ могъ причесть себѣ истекшее время своего авктора. Въ личныхъ искахъ теченіе давности прерывается вслѣдствіе признанія должникомъ требованій истца, напр. вслѣдствіе уплаты процентовъ, установленія новаго срока для платежа, выдачи новаго долговаго документа и пр. Простое напоминаніе должнику не обусловливаетъ перерыва давности, оно скорѣе служитъ доказательствомъ продолжающагося нарушенія права истца. Далѣе перерывъ давности производитъ предъявленіе иска, если онъ только судьею сообщенъ отвѣтчику для представленія надлежащаго объясненія, а не просто notitiae causa. Какъ разрѣшить вопросъ въ томъ случаѣ, если срокъ исковой давности истекъ между предъявленіемъ иска въ судъ и вызовомъ отвѣтчика? Вѣрное разрѣшеніе будетъ слѣдующее: предъявленіе иска есть актъ, прерывающій теченіе давности, лишь

[1]) Ср. L. 7 § 6. C. de pr. XXX ann. (7, 39), L. 26. pr. C. de usur. (4, 32).

бы дѣйствительность этого акта была подкрѣплена послѣдующимъ вызовомъ отвѣтчика; при отказѣ въ искѣ a limine judicii перерыва не будетъ, точно также какъ и при взятіи иска обратно до вызова отвѣтчика. Даже и безъ вызова его возможенъ перерывъ давности, если вызовъ не могъ быть произведенъ вслѣдствіе отсутствія отвѣтчика и т. п. Перерывъ давности облегчается и интересы истца гарантируются многими способами:

1) Предъявленіе личнаго иска прерываетъ теченіе давности и по иску ипотечному (противъ должника) и наоборотъ; 2) если истцу предоставлено нѣсколько исковъ противъ одного лица и онъ такъ обще предъявилъ искъ, что нельзя съ точностью сказать, который именно изъ исковъ имъ вчиненъ, то такое предъявленіе прерываетъ теченіе давности по всѣмъ его искамъ; 3) если невозможно предъявить искъ въ судѣ, то въ случаѣ крайности дозволяется составить протоколъ о вызовѣ отвѣтчика въ какомъ-либо другомъ присутственномъ мѣстѣ, или вызовъ можетъ быть сдѣланъ письменно въ мѣстожительствѣ отвѣтчика въ присутствіи трехъ свидѣтелей; наконецъ 4) перерывъ давности обусловливаетъ письменное предъявленіе иска у мироваго (третейскаго) судьи, Schiedsrichter.

Древнѣйшему праву былъ чуждъ перерывъ давности вслѣдствіе предъявленія иска; такое значеніе имѣла лишь litis contestatio, дѣлавшая искъ вѣчнымъ. Это обстоятельство не важно въ томъ случаѣ, когда искъ доводится до конца—до судебнаго рѣшенія, но оно не остается безъ вліянія въ случаѣ остановки иска на какомъ-либо моментѣ, предшествующемъ рѣшенію. Нѣкоторые ученые [1]) думаютъ, что постановленіе юстиніановскаго права относится только къ 30-лѣтней и большей давности, но что по отношенію къ actiones temporales сохранило свою силу древнее право. Это опровергается тѣмъ, 1) что болѣе легкіе способы перерыва давности необходимы при краткихъ срокахъ ея; 2) что введеніе такого различія было бы неловкостью, безъ всякой нужды затемняющею, запутывающею право, и 3) что самый законъ ни слова не говоритъ о подобномъ его ограниченіи. Въ нѣкоторыхъ мѣстахъ Пандектъ нерѣдко встрѣчаются остатки древняго права; но эти остатки въ данномъ случаѣ потому имѣютъ столь малое значеніе, что въ дѣйствительности весьма важную роль играетъ litis contestatio (см. ниже).

Вслѣдствіе перерыва давности все протекшее время теряетъ

---

[1]) Напр. Вангеровъ, Leitf. f. Pandekten-Vorlesungen § 151.

всякое значеніе, и теченіе давности должно вновь начаться съ перваго ея момента. Въ этомъ заключается различіе между прерванною и покоящеюся давностью. Если въ теченіи давности попадется промежутокъ времени, въ которомъ не будетъ на лицо всѣхъ ея условій, то она все это время считается покоящеюся и затѣмъ снова продолжаетъ свое теченіе; при исчисленіи же срока ея этотъ промежутокъ времени въ разсчетъ не принимается. [1]) Такая покоящаяся давность встрѣчается въ слѣдующихъ случаяхъ: a) когда право иска принадлежитъ малолѣтнему, b) когда оно принадлежитъ несовершеннолѣтнему, впрочемъ только по отношенію къ давности, срокомъ менѣе 30 лѣтъ, c) когда право иска относится къ adventitia сына, состоящаго подъ властью (filiusfamilias), d) когда извѣстныя юридическія препятствія мѣшаютъ предъявленію иска (agere non valenti non currit praescriptio) и нѣк. др.

Если перерывъ давности произошелъ вслѣдствіе предъявленія иска, который былъ доведенъ до litis contestatio, то вторичная давность простирается уже на 40 лѣтъ со времени послѣдняго судебнаго дѣйствія. Такой смыслъ имѣютъ для юстиніановскаго права вышеуказанныя цитаты изъ Пандектъ, опредѣляющія, что искъ вслѣдствіе litis contestatio дѣлается вѣчнымъ.

Третье условіе касается конца давности, истеченія срока съ момента actio nata до того акта, который могъ считаться перерывомъ давности. Право иска [1]) теряется только съ истеченіемъ послѣдняго дня срока (§ 75). При годичной и кратчайшей давности исчисленіе ея производится по utile tempus, при всѣхъ другихъ срокахъ по tempus continuum. (§ 76). Исключеніе изъ этого представляетъ вышеуказанная покоящаяся давность.

Въ заключеніе скажемъ о bona fides. Bona fides отвѣтчика не можетъ служить условіемъ, а mala fides его—препятствіемъ для исковой давности, если вопросъ о ней разрѣшается по внутреннимъ основаніямъ; такъ какъ основа давности есть несовершеніе извѣстнаго дѣйствія истцомъ, а не опредѣленное состояніе отвѣтчика, то и квалификація этого состоянія не можетъ быть поставлена условіемъ давности. Сказанное имѣетъ полную силу и по отношенію къ иску противъ владѣльца; владѣніе есть фактъ, дѣлающій лицо отвѣтчикомъ, но оно отнюдь не можетъ служить основаніемъ давности. Такъ разрѣшаетъ вопросъ римское право; въ этомъ именно и заключается раз-

---

[1]) Изъ Пандектъ.

личіе между земскою давностью и давностью въ вещныхъ искахъ. Безъ этого различія нельзя было бы отличить ихъ и каждая исковая давность сдѣлалась бы земскою, т. е. перестала бы быть исковою. Признаніе того, что bona fides есть условіе исковой давности было послѣдствіемъ смѣшенія этихъ двухъ институтовъ; каноническое право придало этой невообразимой путаницѣ характеръ закона.

Содержаніе постановленій каноническаго права [1]) въ немногихъ словахъ слѣдующее:

Владѣлецъ чужою вещью, чтобы имѣть право сослаться на давность, долженъ былъ въ теченіи всего установленнаго періода времени находиться in bona fide. Это правило прямо относится къ usucapio, которая въ каноническомъ правѣ разумѣется въ понятіи praescriptio, но должно, конечно, относиться и къ исковой давности, смѣшиваемой съ usucapio. Послѣдствіемъ является, что по каноническому праву собственно вовсе нѣтъ давности для иска о правѣ собственности.

Укажемъ нѣсколько различныхъ мнѣній, относящихся къ занимающему насъ вопросу:

1) bona fides необходима при всякой исковой давности. Этотъ взглядъ выходитъ далеко за предѣлы буквальнаго смысла постановленій каноническаго права. Защищать это мнѣніе можно только развѣ изъ любви къ абсурдамъ, такъ какъ оно есть несомнѣнный абсурдъ, признаніе котораго равносильно было бы полному уничтоженію исковой давности (теоретически, помимо доказательства недобросовѣстности);

2) bona fides необходима только для того вида исковой давности, когда отвѣтчикъ владѣетъ чужою вещью; такимъ образомъ эта необходимость встрѣчается не только въ вещныхъ искахъ, но и въ искахъ личныхъ, а также и въ такихъ, гдѣ отвѣтчикъ опредѣляется не фактомъ владѣнія, а чѣмъ-либо инымъ, actio depositi, commodati. [2]) Я, не колеблясь, при-

---

[1]) C. 5. X. de praescr. (2,26): nulla antiqua dierum possessio (jure divino) juvat aliquem malae fidei possessorem, nisi resipuerit postquam se noverit aliena possidere, quum bonae fidei possessor dici non possit. Ephesinus enim legislator solum propter vitandam miserorum segnitiem et longi temporis errorem et confusionem primus tricennali vel quadragenali praescriptioni vigorem legis imposuit. Nobis autem tam in rebus cognitis quam latentibus placuit non habere vigorem (Alex. III), c. ult. eod: Quoniam omne quod non est ex fide, peccatum est, synodali judicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis, cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.

[2]) Этого мнѣнія держатся между прочими Boehmer, Mollenthiel, Savigny, V. §. 244—246, Hildenbrand и др.

знаю этотъ взглядъ ложнымъ. Условіе bona fides мыслимо только какъ свойство того состоянія, которое ставитъ лицо въ положеніе отвѣтчика, т. е. какъ свойство такого владѣнія, которое обусловливаетъ обязанность отвѣчать по иску, чего въ actio depositi вовсе нѣтъ, такъ какъ депозитарій отвѣчаетъ не потому только, что онъ владѣлецъ. Оно впрочемъ здѣсь и не нужно, такъ какъ истцу предоставлена vindicatio;

3) bona fides необходима во всѣхъ искахъ противъ владѣльца—какъ вещныхъ, такъ и личныхъ. Но этотъ взглядъ выходитъ за предѣлы буквы каноническаго права: possessor rei alienae. Руководствуясь имъ, пришлось бы признать, что здѣсь разумѣются и свои собственныя вещи, напр. при actio hypothecaria противъ залогодателя, владѣющаго заложенною вещью;

4) bona fides необходима при искѣ о правѣ собственности. Это мнѣніе не противорѣчитъ рѣшенію каноническаго права. Нельзя mala fide лишать лицо собственной его вещи, подъ предлогомъ простой исковой давности. Въ пользу этого взгляда служитъ то, что онъ не допускаетъ нелѣпости существованія исковой давности подъ условіемъ bona fides, такъ какъ сущность его заключается въ томъ, что простая исковая давность не должна имѣть мѣста при искѣ о правѣ собственности [1];

5) Нѣкоторые вовсе отрицали вліяніе каноническаго права на исковую давность и примѣняли его постановленія только къ usucapio. Это мнѣніе также не можетъ быть одобрено.

Сроки исковой давности.

§ 91 [2]).

Обыкновенный срокъ исковой давности по закону Ѳеодосія 30 лѣтъ; иски, для которыхъ установленъ такой продолжительный (или даже большій) срокъ, называются perpetuae actiones, въ смыслѣ новѣйшаго права.

---

[1]) Внѣшнюю опору ему представляетъ собою исторія возникновенія постановленій каноническаго права: Hildenbrand, Arch. f. civ. Pr. XXXVI, 2. (1853). Споръ между практикой, основанной на римскомъ правѣ, c. 16. C. 16. qu. 3., и строгой теоріей, основанной на изрѣченіи Августина (opp. Venet. 1731. VI. 170): sicut in jure praediorum tamdiu quisque b. f. possessor recissime dicitur, quamdiu se possidere ignorat alienum, cum vero scierit nec ab aliena possessione recesserit, tunc malae fidei possessor perhibetur, споръ этотъ, разрѣшаемый указанными законами, ограничивается дѣйствіемъ mala fides superveniens при possessio rei alienae. О давности личныхъ исковъ противъ владѣльца не было никогда возбуждаемо спора. *Прим. изд.*

[2]) Изъ Пандектъ.

Большій срокъ давности имѣютъ иски уже предъявленные, если производство по нимъ не окончено, — они могутъ быть продолжаемы въ теченіи 40 лѣтъ со времени послѣдняго судебнаго дѣйствія, и 2) иски, которые подлежатъ дѣйствію 10, 20 или 30-лѣтней давности,—въ томъ случаѣ, когда они предоставлены церкви или богоугоднымъ учрежденіямъ. [1])

Болѣе краткій срокъ давности (actiones temporales) имѣютъ 1) иски, посредствомъ которыхъ осуществляются особыя фискальныя права,—они погашаются по истеченіи 20 лѣтъ (исключеніе составляютъ: искъ о commissa—въ 5 лѣтъ и искъ о bona vacantia—въ 4 года); 2) преторскіе штрафные иски погашаются въ теченіи года и 3) иски, имѣющіе цѣлью изслѣдованіе правоспособности лица по его смерти, допускаются только въ теченіи 5 лѣтъ съ этого послѣдняго момента. [2])

Дѣйствіе исковой давности.

§ 92.

Формальное дѣйствіе исковой давности состоитъ въ томъ, что иску противополагается exceptio (praescriptio) temporis (а не exceptio praescriptionis), вслѣдствіе которой, искъ [3]) теряетъ свою силу по отношенію къ лицу, управомоченному на exceptio, и потому остается безъ послѣдствій. Дѣйствіе давности на искъ о правѣ собственности заключается въ томъ, что даже если этотъ искъ погашенъ давностью (хотя владѣлецъ вещи еще не узукапировалъ ея), то при переходѣ вещи къ другому владѣльцу, не являющемуся преемникомъ перваго, собственникъ можетъ вновь безпрепятственно искать свое право судебнымъ порядкомъ.

Матеріальное дѣйствіе исковой давности. Весьма спорнымъ представляется вопросъ о томъ, что утрачивается вслѣдствіе давности—самое право, или только искъ. И то и другое мнѣніе имѣютъ за себя довольно значительное число ученыхъ юристовъ. [4])

---

[1]) Nov. 111, 131. c. 6. Средневѣковая практика и каноническое право продолжили срокъ давности по искамъ Римской церкви до 100 лѣтъ. Спорными представлялись вопросы: не слѣдуетъ ли въ этомъ отношеніи уравнять право городовъ съ правомъ церкви? не имѣетъ ли казна, или государь по своимъ искамъ преимущество 40-лѣтней давности? Практика на послѣдній вопросъ отвѣчала утвердительно.

[2]) Dig. XL. 15, Cod. VII. 21: ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur.

[3]) Изъ Пандектъ.

[4]) Первое раздѣляли Loehr, Heimbach, Buechel, особенно защищали его

Права могутъ быть осуществляемы различными способами: посредствомъ исковъ, эксцепцій и пр. Прежде всего не подлежитъ сомнѣнію, что praescriptio temporis, какъ по понятію, такъ и по сущности, относится къ осуществленію правъ, а не къ правамъ, взятымъ независимо отъ ихъ судебнаго осуществленія. Этимъ именно и отличается исковая давность, напр. отъ non usus, относящагося къ самимъ правамъ и къ продолжительности ихъ бытія, и оказывающаго такое точно дѣйствіе на сервитуты. Итакъ вопросъ заключается въ томъ, на какіе способы осуществленія правъ вліяетъ исковая давность? Если она вліяетъ на всѣ процессуальныя дѣйствія, то послѣдствіемъ является прекращеніе самаго права.

Послѣдовательно разрѣшая этотъ вопросъ, приходится сказать, что теряется собственно то процессуальное дѣйствіе, которое не было совершено во время, т. е. искъ, а не всѣ прочія доступныя лицу средства осуществленія права, такъ что право представляется лишоннымъ только своего главнѣйшаго способа осуществленія. На практикѣ это весьма часто можетъ равняться утратѣ самаго права, но нерѣдко можетъ имѣть большое значеніе и то обстоятельство, что, какъ напр. въ личныхъ искахъ, остается еще нѣкоторая naturalis obligatio. Вѣрителю [1]), утратившему личный искъ, предоставляются: 1) непосредственное осуществленіе его требованія посредствомъ soluti retentio и посредствомъ exceptio compensationis, и 2) непосредственное осуществленіе тѣхъ правъ, которыя составляютъ accessio къ его требованію, именно — при закладномъ правѣ, поручительствѣ и constitutum. Признать противоположное правило, значило бы допустить, что просрочка и утрата иска влечетъ за собою потерю непросроченной exceptio; здѣсь давность распространялась бы и на эту послѣднюю, что положительно невозможно.

Разсматриваемое воззрѣніе, ограничивающее дѣйствіе исковой давности однимъ правомъ иска имѣетъ за себя безспорную необходимость такого порядка при вещныхъ искахъ, именно при искѣ о правѣ собственности. Противоположный этому взглядъ повелъ бы къ признанію вещи безхозяйной, вслѣдствіе чего она осталась бы за владѣльцемъ, какъ лицомъ, совершившимъ ея occupatio. Такимъ образомъ различіе между земскою давностью и исковой было бы невозможно. Въ сервитутахъ, подобно за-

---

Kierulff, Вангеровъ; противъ нихъ писали Weber, Francke, Unterholzner, Roszhirt, Muehlenbruch и Савиньи, System V. § 248—251.

[1]) Изъ Пандектъ.

кладному праву, потеря права вслѣдствіе libertatis usucapio, non usus—особенно отличается отъ исковой давности. Это не было бы возможно, еслибы исковая давность разрушала самыя права, а не одно право иска. Поэтому теперь всѣми признано, что въ вещныхъ искахъ, вслѣдствіе давности, теряется не право, а искъ, служащій для его осуществленія. Обратнаго этому правила для личныхъ исковъ мы не встрѣчаемъ нигдѣ; самый характеръ личныхъ исковъ не представляетъ ничего такого, что бы могло обусловливать различіе ихъ отъ вещныхъ исковъ въ разсматриваемомъ отношеніи; установлять такое различіе значитъ допустить полный произволъ, могущій повести не только къ путаницѣ, но и къ уничтоженію самаго понятія исковой давности, вмѣсто которой явилось бы non usus (такъ называемая погашающая давность обязательствъ). Это ложное мнѣніе слѣдовало бы выразить такъ: исковой давности не существуетъ, а есть только non usus обязательства, состоящій впрочемъ въ пропущеніи (просрочкѣ) иска. Правило такого рода могло бы быть признано за достовѣрное только въ томъ случаѣ, еслибы оно прямо было выражено въ положительномъ законодательствѣ, при томъ посредствомъ такого закона, смыслъ котораго былъ бы вполнѣ ясенъ. Намъ тогда пришлось бы только сказать что это абсурдъ, но абсурдъ, установленный закономъ.

Но въ положительномъ правѣ мы можемъ усмотрѣть правило, прямо противоположное только что указанному. Напр. если извѣстное обязательство связано съ закладнымъ правомъ, то это послѣднее существуетъ лишь до тѣхъ поръ, пока существуетъ первое: уничтоженіе обязательства влечетъ за собой уничтоженіе закладнаго права. Еслибы давность, установленная для личнаго иска, погашала самое обязательство, то ею должно бы быть погашено и закладное право, а слѣдовательно уничтожена и actio hypothecaria. Но для этого послѣдняго иска установлена особая, болѣе продолжительная давность, что было бы положительно невозможно, еслибы послѣ утраты (личнаго) иска не оставалось особой naturalis obligatio. Поэтому въ данномъ случаѣ было допущено исключеніе: quoad pignus (т. е. до тѣхъ поръ, пока существовалъ закладъ) оставалась и naturalis obligatio.

Что касается до основаній вышеразсмотрѣннаго ошибочнаго правила, которое поддерживается только посредствомъ допущенія все большихъ и большихъ исключеній изъ него, то такими основаніями считаютъ нѣкоторыя законоположенія, трактующія о debitor tempore liberatus [1]).

[1]) Полное экзегетическое изложеніе этихъ законоположеній: L. 37. D. de fidejuss. (46,1), L. 18. §. 1. D. de pec. const. (13,5) см. прил. VI.

Сведя все вышесказанное, мы находимъ:

1) Мнѣніе, будто исковая давность разрушаетъ самое право, есть непослѣдовательность.

2) Оно даже не совмѣстно съ существованіемъ исковой давности, такъ какъ въ случаѣ признанія его осталось бы одно понятіе non usus, ничѣмъ не отличающееся отъ исковой давности.

3) Оно невозможно по отношенію къ вещнымъ искамъ.

4) Оно не примѣнимо и къ личнымъ искамъ, по отношенію къ вопросамъ, вытекающимъ изъ закладнаго права,

и 5) оно не имѣетъ за себя ни одной прочной, внѣшней точки опоры.

D. Объ эксцепціяхъ.

1. Понятіе.

§. 93.

Есть процессуальныя дѣйствія, не имѣющія самостоятельнаго характера, являющіяся лишь способами защиты и потому всегда предполагающія нападеніе. Таковы эксцепціи (Einreden)— защита отвѣтчика противъ иска, реплики—защита истца противъ эксцепцій, дуплики, триплики и пр. Но не всякій способъ защиты на судѣ будетъ эксцепціей, репликой и пр. Въ нихъ также слѣдуетъ различать матеріальное и процессуальное значеніе.

Процессуальное значеніе эксцепціи, реплики и пр. въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ было весьма опредѣленное; здѣсь разумѣлась такая защита истца, которая была вносима въ формулу для того, чтобы судья могъ имѣть ее въ виду при разрѣшеніи дѣла; это включеніе въ формулу совершалось въ видѣ исключенія изъ condemnatio, откуда и произошло самое названіе—exceptio [1]).

Понятіе эксцепціи въ процессуальномъ смыслѣ представляется однимъ изъ самыхъ спорныхъ пунктовъ новѣйшаго процесса. Многіе стараются избѣгнуть затрудненія при опредѣленіи этого понятія, называя эксцепціей все то, что приводится отвѣтчикомъ въ опроверженіе иска и что поэтому должно быть имъ доказано. Но въ этихъ словахъ заключается не опредѣленіе понятія эксцепціи, а лишь указаніе на дѣйствіе ея. Мы

---

[1]) Пухта, Институціи. II. §. 170.

думаемъ, что exceptio всего вѣрнѣе опредѣлить слѣдующимъ образомъ: эксцепція въ процессуальномъ смыслѣ есть такой способъ защиты, при которомъ отвѣтчикъ фактической основѣ иска противопоставляетъ свои факты, которые, не лишая первую ея достовѣрности, отнимаютъ у нея доказательную силу.

Отношеніе процессуальнаго понятія эксцепціи къ матеріальному слѣдующее: въ римскомъ правѣ не было процессуальныхъ эксцепцій, которыя не были бы въ тоже время и эксцепціями матеріальными, но существовали эксцепціи матеріальныя, не бывшія процессуальными. Въ нынѣшнемъ процессѣ тѣ и другія эксцепціи существуютъ независимо другъ отъ друга.

Матеріальное или гражданское понятіе эксцепціи.

Отвѣтчикъ имѣетъ три способа для защиты своего права.

1) *Полное отрицаніе* (negatio) требованій истца (по фактической или юридической основѣ ихъ—все равно).

2) *Квалифицированное отрицаніе*, отрицаніе бытія извѣстнаго требованія въ данную минуту, ссылка на прекращеніе его; оно является связаннымъ съ такимъ фактомъ, который имѣетъ своимъ послѣдствіемъ уничтоженіе спорнаго права ipso jure, напр. usucapio, solutio. Между этимъ способомъ защиты и собственно эксцепціей существуетъ та общая черта, что обязанность представить доказательства отрицаемаго лежитъ на отвѣтчикѣ; поэтому-то новѣйшими процессуалистами этотъ способъ защиты причисляется къ эксцепціямъ, напр. exceptio usucapionis, при которой не отрицается фактическое основаніе, напр. способъ пріобрѣтенія права истцомъ. Не такъ смотрѣли на квалифированное отрицаніе римляне; оно по римскому праву не было эксцепціей даже въ процессуальномъ смыслѣ.

3) *Собственно* exceptio—защита, состоящая въ противопоставленіи требованіямъ истца самостоятельнаго права, уничтожающаго силу и дѣйствіе иска. Самое право истца не отрицается эксципіентомъ, но оно становится недѣйствительнымъ вслѣдствіе тѣхъ причинъ, которыя выставляются къ тому въ самой exceptio. Праву истца [1]) или осуществленію его можетъ противостоять какой-нибудь фактъ, существующій или съ самаго начала спорнаго юридическаго отношенія (напр. принужденіе къ сдѣлкѣ, служащей источникомъ права истца), или привзошедшій къ нему впослѣдствіи (напр. возникновеніе встрѣчнаго иска со стороны отвѣтчика) и не уничтожающій самого права истца, но дающій отвѣтчику право требовать оставленія иска безъ послѣдствій вполнѣ, или въ какой-нибудь его части. Та-

---

[1]) Изъ Пандектъ.

кое право отвѣтчика на уничтоженіе иска называется *эксцепціей* въ матеріальномъ смыслѣ. Эксцепція направляется 1) или противъ самаго права истца, т. е. противъ какого бы то ни было осуществленія его; это встрѣчается всего чаще; напр. exceptio S. C. Vellejani, exceptio metus, doli и проч.; 2) или только противъ иска, напр. exceptio temporis, exceptio S. C. Macedoniani; 3) или наконецъ противъ предъявленія иска въ данный моментъ, напр. pactum ne intra certum tempus petatur.

Еще въ римскомъ правѣ не всѣ эти виды эксцепцій считались процессуальными, напр. не считалась таковою exceptio doli въ bonae fidei judiciis. Нынѣшніе процессуалисты исключаютъ изъ числа эксцепцій тѣ, которыя не основаны на самостоятельномъ фактѣ, напр. exceptio S. C. Vellejani, Macedoniani.

Различные способы защиты [1]), какъ мы сказали выше, повторяются для истца по отношенію къ эксцепціи: онъ можетъ отрицать ее или представить exceptio exceptionis, называемую *репликой* [2]), затѣмъ отвѣтчикъ защищается противъ реплики или отрицаніемъ ея, или представленіемъ особой exceptio replicationis, называемой duplica и т. д.

Въ гражданскомъ правѣ мы должны, конечно, держаться матеріальнаго понятія эксцепціи, реплики и пр.

2. Виды эксцепцій.

§ 94.

Эксцепціи основываются отчасти на процессуальныхъ положеніяхъ, напр. exceptio о неподсудности или некомпетентности судьи, о недостаточности представленнаго обезпеченія, частью же на матеріальномъ правѣ. Въ числѣ послѣднихъ есть множество эксцепцій, сущность которыхъ заключается въ ссылкѣ отвѣтчика на то, что истецъ, предъявивъ данный искъ, поступаетъ dolose (именно потому, что его требованію противостоитъ эксцепція) или contra bonos mores: si in ea re nihil dolo malo actoris fiat. Эксцепція такого рода называется exceptio doli и бываетъ или спеціальною (specialis, doli praeteriti), или родовою (generalis, doli praesentis). Указанное раз-

---

1) Изъ Пандектъ.

2) L. 22. D. de except (44,1): replicatio est contraria exceptio, quasi exceptio exceptionis.

личіе имѣло въ римскомъ правѣ то важное практическое послѣдствіе, что при bonae fidei judicii не было необходимости вносить въ формулу эксцепцію перваго рода.

Сюда же относится особое право, такъ называемое jus retentionis. Отвѣтчикъ, въ случаѣ обратнаго требованія (встрѣчнаго иска), имѣетъ право предъявить exceptio doli, если только обратныя требованія его находятся въ связи съ самимъ-искомъ или его предметомъ, напр. въ случаѣ обратнаго требованія, вытекающаго изъ того же договора и касающагося права употребленія той вещи, которая составляетъ предметъ иска. Послѣдствіемъ является то, что отвѣтчикъ можетъ удерживать уплату до тѣхъ поръ, пока эксцепція не будетъ устранена. Поэтому-то эта эксцепція и получила названіе jus retentionis; (названіе это не особенно характеристично, такъ какъ то же самое бываетъ при всякой другой эксцепціи). Прежде это право удержанія считали самоуправствомъ [напр. Мюленбрухъ [1])], но это мнѣніе истекло изъ невѣрнаго и неудачнаго названія указанной эксцепціи. Какъ эксцепція, такъ и удержаніе уплаты, связанное съ ней, не можетъ быть самоуправствомъ; въ противномъ случаѣ пришлось бы сказать, что всякій должникъ, который не платитъ, совершаетъ самоуправство. Изъ того же источника возникло другое мнѣніе, будто примѣненіе этой эксцепціи слѣдуетъ ограничить лишь случаями, положительно указанными въ законѣ. Совершенная ошибочность этого мнѣнія теперь признана всѣми. Jus retentionis считали наконецъ послѣдствіемъ владѣнія. Владѣніе есть лишь способъ осуществленія права, между тѣмъ лицо можетъ удерживать не только находящуюся въ его владѣніи вещь, но и всякую другую уплату (Leistung). Вслѣдствіе указанной ошибки, говоря о jus retentionis какъ о владѣніи, стали примѣнять къ нему и условія владѣнія, что уже совершенно невѣрно. Недостатки владѣнія могутъ обусловить недѣйствительность права ретенціи, если истецъ имѣетъ interdicta possessoria, которымъ конечно не можетъ быть противопоставлена exceptio doli; но поэтому-то такая безпорочность владѣнія не составляетъ условія для jus retentionis. Всѣ указанныя ошибочныя воззрѣнія были вызваны невѣрностью названія: jus retentionis.

Эксцепціи могутъ имѣть индивидуальное основаніе — личное качество отвѣтчика, exceptiones personae cohaerentes. Онѣ не переходятъ къ тѣмъ лицамъ, которыя, въ качествѣ преемниковъ или иначе, вступаютъ въ положеніе отвѣтчика, напр. pactum ne a me petatur. Это однако представляется исключеніемъ; общее правило то, что эксцепція предоставляется вся-

---

[1]) Lehrbuch § 135.

кому лицу, вступающему въ положеніе отвѣтчика—exceptiones rei cohaerentes.

Эксцепція называется также in rem по отношенію къ безразличности истца: она направляется противъ всякаго, кто въ качествѣ истца осуществляетъ спорное юридическое отношеніе, напр. exceptio metus. Exceptio in personam направляется всегда противъ опредѣленнаго лица. При exceptio doli [praeteriti] (si in ea re nihil dolo malo actoris factum est) дѣйствуетъ правило, что она не вредитъ преемнику истца (напр. когда продавецъ dolose убѣдилъ владѣльца отказаться отъ своего права собственности); исключеніе составляетъ преемство ex lucrativa causa; оно вредитъ какъ представителю лица, находящагося in dolo, такъ и тому, кто осуществляетъ особенныя выгоды отъ лица своего аввктора.

Всякая эксцепція исключаетъ искъ или навсегда, т. е. уничтожаетъ его совершенно — exceptio perpetua et peremtoria, или исключаетъ его только въ данный моментъ, т. е. откладываетъ его на нѣкоторое время—exceptio temporalis et dilatoria. Эксцепціи втораго рода основываются на неправильномъ или несвоевременномъ предъявленіи иска. Время, назначенное здѣсь для эксцепціи, можетъ быть или абсолютнымъ (напр. exceptio pacti ne intra certum tempus petatur), или относительнымъ, напр. exceptio ordinis, exceptio quod praejudicium non fiat. Эта послѣдняя эксцепція состоитъ въ томъ, что разрѣшеніе настоящаго процесса зависитъ отъ разрѣшенія другаго вопроса, который не входитъ въ составъ этого процесса, а составляетъ предметъ особаго судебнаго изслѣдованія. Отвѣтчикъ этою эксцепціей утверждаетъ, что существуютъ два процесса, изъ которыхъ одинъ есть praejudicium другаго и что истецъ неправильно домогается обратнаго отношенія между ними, напр. искъ о раздѣлѣ—искъ о правѣ собственности, искъ о сервитутѣ—искъ о правѣ собственности. Въ L. 12. D. de except. [1]) выражено, что настоящій истецъ долженъ и въ praejudicium'ѣ фигурировать въ качествѣ истца, т. е. истцомъ должно быть то лицо, интенція котораго зависитъ отъ интенціи, служащей основою для praejudicium. Хотя лицо, представляющее эксцен-

---

[1]) L. 12. D. de except. (44.1): generaliter in praejudiciis is actoris partes sustinet, qui habet intentionem secundum id quod intendit. Ср. прим. VII. Это правило не находится въ связи съ exceptio ne praejudicium fiat. Оно примѣняется также 1) когда требованіе истца, которому приготовляется путь посредствомъ praejudicium, не есть judicium, напр. in jus vocatio, и 2) когда отвѣтчикъ выступаетъ въ praejudicium'ѣ не въ качествѣ лица, предъявляющаго эксцепцію противъ judicium, а лишь въ качествѣ лица, вызываемаго таковое. *Прим. изд.*

цію, какъ вызывающее praejudicium, можетъ показаться истцомъ, однако оно отнюдь не должно считаться таковымъ.

3. Уничтоженіе эксцепцій.

§ 95.

Concursus exceptionum, какъ причина уничтоженія эксцепцій, не мыслимъ. Той цѣли, съ которою стеченію придавалась сила уничтоженія исковъ, т. е. чтобы нельзя было искать одного и того же нѣсколько разъ, здѣсь конечно уже нѣтъ. Всѣ эксцепціи имѣютъ одну и туже цѣль — устранить искъ. Всѣ эксцепціи конкурируютъ въ объэктѣ. Но естественно необходимо, чтобы этотъ объэктъ достигался одинъ только разъ. Напротивъ соединеніе нѣсколькихъ эксцепцій противъ одного иска допускается безъ ограниченія. Точно также возможно одновременное предъявленіе нѣсколькихъ противорѣчащихъ другъ другу эксцепцій, или эксцепцій и отрицаній [1]). Слова nisi lex impedit въ цитированномъ мѣстѣ, являющіяся дополненіемъ компиляторовъ [2]), означаютъ: за исключеніемъ того случая, когда отрицаніе эксцепцій причиняетъ ущербъ.

Давность по отношенію къ эксцепціямъ невозможна, такъ какъ возраженіе не можетъ быть погашено давностью до предъявленія иска; пользованіе эксцепціей не поставлено въ зависимость отъ произвола лица, которому она предоставлена. Такъ что если даже для эксцепціи назначенъ срокъ (exceptio non numeratae pecuniae), то и тогда къ ней нельзя примѣнять началъ давности. Многіе хотѣли допустить исключеніе изъ этого правила для того случая, когда извѣстное право можетъ быть осуществляемо посредствомъ иска и эксцепціи, напр. посредствомъ actio redhibitoria и exceptio противъ actio venditi. Но для этого не представляется ни малѣйшаго основанія [3]). Въ подтвержде-

---

[1]) L. 8. D. de except. (44,1): nemo prohibetur pluribus defensionibus uti, quamvis diversae sunt. L. 5. 9. eod., L. 43 pr. D. de R. J. (50,17): nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit. **Изъ Пандектъ.**

[2]) Что это дополненіе сдѣлано Ульпіаномъ, доказываетъ lex Aquilia: если отвѣтчикъ отрицаетъ свою виновность, то онъ лишается уже всѣхъ эксцепцій, потому что въ противномъ случаѣ онъ могъ бы, посредствомъ подтвержденія ихъ, избавиться отъ наказанія in duplum. L. 16. pr. C. de fide instr. (4,21). Nov. 18 c. 8. — уже новѣйшаго происхожденія. Rudorff, Zeitschrift f. gesch. Rechtswiss. т. XIV стр. 471. *Прим. изд.*

[3]) Здѣсь дѣйствуетъ правило: quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua, а не обратный принципъ, выражаемый французами слѣдующимъ образомъ: tant dure l'action, tant dure l'exception.

Изъ Пандектъ.

ніе этого мнѣнія приводили то соображеніе, что субъэктъ права такъ или иначе, но пропустилъ срокъ для его осуществленія. Это разсужденіе могло бы быть признано правильнымъ, если бы подобное упущеніе считалось какимъ-нибудь преступленіемъ, которое должно быть наказываемо потерею самаго права.

Итакъ [1]) эксцепція можетъ съ одной стороны уничтожиться вслѣдствіе уничтоженія ея основанія, съ другой она можетъ прекратиться и вполнѣ непосредственно. Но ни concursus exceptionum, ни давность, какъ мы видѣли, не могутъ служить причинами прекращенія эксцепцій. Такою причиною можетъ быть непользованіе эксцепціею, т. е. не предъявленіе ея въ то время и тѣмъ способомъ, которые установлены процессуальнымъ законодательствомъ.

III. Вліяніе процесса на права.

A. Litis contestatio.

§ 96.

Слова lis contestata или judicium acceptum обозначаютъ тотъ моментъ, когда процессуальное отношеніе между истцомъ и отвѣтчикомъ уже считается возникшимъ (закрѣпленіе тяжбы).

Это понятіе относилось въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ лишь къ ordo judiciorum privatorum [обыкновенный порядокъ судопроизводства, въ которомъ раздѣльно являлись магистратъ и судья; въ judicium extraordinarium, предоставленномъ одному магистрату, не было litis contestatio]. Litis contestatio было заключительнымъ актомъ судопроизводства in jure и служила основой для производства in judicio.

По юстиніановскому праву lis contestata est въ томъ случаѣ, когда отвѣтчику сообщенъ предъявленный противъ него искъ и онъ по поводу его представилъ судьѣ свои объясненія, т. е. когда отвѣтчикъ принялъ вызовъ на тяжбу, а не просто устранилъ себя отъ отвѣтственности, или не удовлетворилъ тотчасъ же требованій истца. Тоже значеніе имѣетъ разсматриваемый процессуальный моментъ и по дѣйствующему праву: litis contestatio есть первое объявленіе отвѣтчику объ искѣ, содержащее въ себѣ принятіе имъ тяжбы, согласіе на отвѣтъ по иску.

Поэтому-то съ момента litis contestatio и начинается вліяніе процесса на тѣ права, которыя составляютъ предметъ тяжбы.

---

[1]) Изъ Пандектъ.

Это вліяніе состоитъ отчасти въ случайныхъ послѣдствіяхъ, напр. въ запрещеніяхъ, въ сорокалѣтней давности и пр., отчасти же въ послѣдствіяхъ существенныхъ, т. е. такихъ, которыя необходимо вытекаютъ изъ понятія и значенія процесса, (случайныя послѣдствія также могутъ быть объясняемы характеромъ процесса, но не съ такой необходимостью). Основной принципъ этихъ послѣднихъ слѣдующій. Цѣль процесса — разрѣшить данную тяжбу и посредствомъ этого рѣшенія установить прочный юридическій порядокъ на мѣсто прежнихъ неизвѣстныхъ и спорныхъ отношеній. Такимъ образомъ тяжущіеся обязуются поставить res in judicium deducta въ зависимость отъ исхода процесса, признать будущее рѣшеніе суда, а потому обязуются не препятствовать постановленію такого рѣшенія, спокойно ожидать его и отказаться отъ другаго способа осуществленія своихъ правъ. Если тяжба разрѣшена, то это рѣшеніе непосредственно основывается на судебномъ приговорѣ, вслѣдствіе чего тому лицу, которое захочетъ тотъ же вопросъ подвергнуть новому обсужденію суда, противостоитъ exceptio rei judicatae. До разрѣшенія спора, означенныя обязанности тяжущихся основаны на litis contestatio (это есть exceptio rei in judicium deductae .

Отдѣльныя [1]) послѣдствія litis contestatio, находящіяся въ болѣе или менѣе близкой связи съ вышеуказаннымъ принципомъ, суть слѣдующія: a) искъ, бывшій до нея не наслѣдственнымъ, становится наслѣдственнымъ какъ активно, такъ и пассивно; b) искъ послѣ нея по древнѣйшему праву дѣлался вѣчнымъ,—по новѣйшему онъ подлежалъ уже дѣйствію новой сорокалѣтней давности; c) она обусловливаетъ litigiositas вещи, составляющей предметъ иска, и дѣлаетъ ее не отчуждаемою, а самый искъ не уступаемымъ. Впрочемъ практика отмѣнила, запрещеніе отчужденія вещи и уступки иска съ тѣмъ-чтобы новый пріобрѣтатель въ отношеніи къ судебному приговору становился вполнѣ въ положеніе истца, уступившаго искъ, или отвѣтчика, отчудившаго вещь; d) истецъ вправѣ требовать всего того, что онъ получилъ бы въ томъ случаѣ, если бы отвѣтчикъ исполнилъ свои обязанности во время litis contestatio (quale est cum petitur, tale dari debet); цѣна предмета иска въ stricta judicia опредѣляется въ томъ размѣрѣ, въ которомъ она была во время litis contestatio; e) бытіе права обсуждается по времени litis contestatio: уничтоженіе его послѣ этого процессуальнаго дѣйствія не служитъ помѣхой, а позднѣйшее воз-

---

[1]) Изъ Пандектъ.

никновеніе его не имѣетъ значенія [1]); f) въ томъ случаѣ, когда право истца не указываетъ личности отвѣтчика и эта послѣдняя опредѣляется какимъ-либо измѣняющимся обстоятельствомъ (напр. владѣніемъ или правомъ собственности на вещь), то вопросъ разрѣшается посредствомъ litis contestatio. Это правило строго соблюдается въ ущербъ отвѣтчику при actiones noxales, при искахъ противъ лица обогатившагося; отвѣтчикъ, въ arbitriae actiones противъ владѣльца, считается свободнымъ отъ отвѣтственности тогда, кога онъ безъ вины съ своей стороны лишился объэкта владѣнія, наоборотъ онъ обязанъ отвѣчать по иску, если объэктъ этотъ пріобрѣтенъ имъ послѣ litis contestatio [2]). То лицо, которое призвано было къ отвѣту по иску въ качествѣ владѣльца вещью и приняло искъ (liti se obtulit), не будучи на самомъ дѣлѣ владѣльцемъ, это лицо послѣ l. c. трактуется уже какъ настоящій владѣлецъ; наконецъ g) bonae fidei possessor послѣ litis contestatio становится во многихъ отношеніяхъ въ положеніе владѣльца недобросовѣстнаго [3]).

В. Доказательства.

§ 97 и 98.

Рѣшеніе судьи основывается на слѣдующихъ трехъ моментахъ: 1) познаніи права, 2) познаніи фактовъ и 3) примѣненіи права къ фактамъ, подчиненіи этихъ послѣднихъ положительному закону. Третій моментъ представляется дѣйствіемъ непосредственно обусловливающимъ рѣшеніе, первые два момента играютъ роль подготовительныхъ къ третьему. Дѣятельность судьи, составляющая третій моментъ, не проявляется во внѣшнихъ образахъ и потому не подчинена особымъ правиламъ и обрядамъ судопроизводства. Она выражается во внѣ только

---

[1]) Это правило не безусловно. Необходимо указать различіе между obligationes stricti juris и bonae fidei; уплата по послѣднимъ послѣ l. c. обусловливаетъ оправданіе отвѣтчика; противорѣчиво разрѣшался римскими юристами вопросъ: не слѣдуетъ ли держаться того же воззрѣнія и по отношенію къ obl. stricti juris и какого взгляда держался Юстиніанъ. § 2. I. de perp. et temp. act. (4, 12) ср. Gai IV, 114. Изъ Пандектъ.

[2]) L. 18. §. 1. D. de H. P. (5. 3), L. 27. §. 1, L. 42. D. de R. V. (6, 1), L. 7. §. 4—6. D. ad exhib. (10, 4). Изъ Пандектъ

[3]) L. 45. eod., L. 22. C. eod. (3, 32), L. 2. C. de fructib. (7, 51). Добросовѣстный владѣлецъ не несетъ отвѣтственности за casus: nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum hujus periculi temere, indefensum jus suum relinquere. L. 40. pr. D. de H. P. (5, 3); L. 16. D. de R. V. (6, 1); L. 12. §. 1. D. depositi (16, 3). Савиньи VI §. 273 и слѣд. Изъ Пандектъ.

конечнымъ результатомъ своимъ, придающимъ ей извѣстную форму, тѣло,—судебнымъ рѣшеніемъ.

Первый моментъ—познаніе права—обыкновенно также не состовляетъ процессуальнаго дѣйствія (см. § 109). Поэтому намъ надлежитъ разсмотрѣть здѣсь второй моментъ—познаніе фактовъ. Факты, отъ наличности которыхъ зависитъ рѣшеніе, должны быть представлены на усмотрѣніе судьи извѣстнымъ процессуальнымъ, установленнымъ законами способомъ. Это правило распадается на слѣдующіе два элемента:

1) Факты должны быть указываемы сторонами, согласно правилу quód non est in actis, non est in mundo (относящемуся не только къ актамъ письменнымъ, но и ко всякому словесному agere). Здѣсь вопросъ чисто процессуальный.

2) Факты должны быть доказаны, т. е. судьѣ должно быть представлено удостовѣреніе въ ихъ существованіи. Доказательство есть одна изъ важнѣйшихъ функцій сторонъ въ процессѣ. Это уже вопросъ отчасти процессуальный, отчасти же относящійся къ области гражданскаго права.

Нѣтъ необходимости въ томъ, чтобы юридическая достовѣрность была естественною (т. е. такою, которая исключаетъ возможность противоположнаго). Требовать для постановленія рѣшенія естественной достовѣрности нельзя потому, что въ большинствѣ случаевъ нельзя было бы достигнуть рѣшенія; признать же non liquet, допускаемое въ уголовномъ правѣ, было бы противно сущности гражданскаго процесса. Здѣсь существуетъ правило: если фактъ не былъ доказанъ тѣмъ лицомъ, которое должно было подтвердить его достовѣрность, то судья долженъ признать несуществованіе этого факта и сообразно съ этимъ рѣшить дѣло. Такое рѣшеніе было бы невозможно, если бы требовалась матеріальная правда, если бы судья имѣлъ только тогда право считать себя вполнѣ убѣжденнымъ, когда фактъ противоположный данному былъ бы немыслимъ. Юридическая истина формальна, признаніе ея основано на юридическихъ правилахъ, которыя хотя должны быть составляемы такимъ образомъ, чтобы матеріальная правда являлась ближайшею ея цѣлью, не могутъ однако гарантировать достиженіе этой цѣли. Отсюда слѣдуетъ тотъ важный выводъ, что всякое доказательство, какъ бы совершенно оно ни было, допускаетъ возможность доказывать противоположное (Gegenbeweis). Когда приведены доказательства pro и contra даннаго факта, то одно уничтожаетъ другое, они парализируютъ другъ друга, и самый фактъ остается недоказаннымъ.

Къ области процесса относятся вопросы: въ какихъ формахъ и какими способами должны быть приводимы доказательства.

Убѣдиться [1]) въ юридической достовѣрности фактовъ судья можетъ 1) посредствомъ собственнаго познанія доказываемаго факта путемъ чувственнымъ (личный опытъ) и интеллектульнымъ (выводы изъ другихъ вѣрныхъ фактовъ); 2) посредствомъ познанія факта посторонними лицами — правдивыми и достовѣрными, къ которымъ относятся a) стороны, если показанія ихъ направлены къ собственной невыгодѣ (признаніе [2]), или подкрѣплены клятвою, даваемою по особому требованію, съ цѣлію удостовѣренія факта [3]); b) постороннія лица, удостовѣряющія фактъ на основаніи личнаго оныта (свидѣтели) или на основаніи мнѣнія своего о познанномъ фактѣ (свѣдущія люди, эксперты) и c) содержаніе письменныхъ документовъ, въ которыхъ изложены показанія сторонъ или другихъ лицъ. Германское право создало по возможности точныя правила о томъ, когда и при какихъ условіяхъ указанные виды доказательствъ могутъ убѣдить судью въ юридической истинѣ фактовъ, въ римскомъ же правѣ хотя и не дѣйствовалъ противоположный принципъ (предоставляющій оцѣнку доказательствъ субъэктивному впечатлѣнію судьи), но соблюдалась благая середина между этими двумя крайностями.

Къ области гражданскаго права относятся вопросы: кто долженъ доказывать и что должно быть доказываемо.

1) Предметомъ доказательства должны быть лишь важные и притомъ неизвѣстные факты (а не законы). Не могутъ [1]) быть предметомъ спора и потому не подлежатъ доказыванію a) несомнѣнные, общеизвѣстные акты и b) факты, въ пользу которыхъ существуетъ presumtio juris et de jure. Понятіе несомнѣнности, общеизвѣстности (Notorietaet) не есть абсолютное, оно относится ко всѣмъ дѣйствующимъ въ процессѣ лицамъ,—къ судьѣ и сторонамъ. Общеизвѣстнымъ долженъ быть признанъ такого рода фактъ, незнаніе котораго судьею и обѣими сторонами, предположивъ ихъ одаренными общечеловѣческимъ разумомъ, невозможно. Оспариваніе такого факта являлось бы простымъ словопреніемъ и потому оно не допускается. Подъ именемъ praesumptio juris et de jure разумѣется предписаніе закона, запрещающее при извѣстныхъ условіяхъ оспаривать какой-либо фактъ или какое-либо заявленіе, напр. не можетъ оспоренъ тотъ фактъ, что дитя, рожденное спустя 10 мѣсяцевъ по прекращеніи брака, есть незаконное и потому не

---

[1]) Изъ Пандектъ.
[2]) L. 4. 5. 7. 8 D. de confessis—'42, 2).
[3]) Dig. XII 2: de jurejurando sive voluntario, sive necessario, sive judiciali. Savigny, System VII. (1848) §. 309—313.

допускается ссылка на законность его рожденія; далѣе, согласіе лица на сдѣлку, въ заключеніи которой оно такъ или иначе принимало участіе, не можетъ быть имъ же оспорено. Такъ какъ эти факты даже вовсе не входятъ въ область судебныхъ доказательствъ, то по отношенію къ нимъ не мыслимо и доказательства противоположнаго.

Обязанность представлять доказательства на судѣ (onus probandi) [1]) есть бремя потому, что если она лицомъ не будетъ исполнена какъ слѣдуетъ, то уже не продолжается прежнее состояніе неизвѣстности, а признается достовѣрнымъ обратное тому, что осталось недоказаннымъ.

Поэтому то вопросъ объ onus probandi есть одинъ изъ самыхъ важныхъ вопросовъ, такъ какъ отъ него часто зависитъ самый исходъ процесса. Въ большинствѣ процессовъ оспариваются не законы, а факты, доказываніе же важныхъ фактовъ бываетъ, вслѣдствіе недостатка доказательствъ, иногда настолько затруднительно, на столько не вѣрно, что разрѣшеніе вопроса объ onus probandi можетъ на самомъ дѣлѣ равняться рѣшенію самаго дѣла.

По отношенію къ onus probandi дѣйствуютъ слѣдующія правила:

а) Каждая сторона должна доказать тѣ факты, на которыхъ она основываетъ свое требованіе, оспариваемое другою стороной, будетъ ли это послѣднее состоять въ обвиненіи противника или въ оставленіи его притязаній безъ послѣдствій. Такимъ образомъ истецъ долженъ доказать фактическое основаніе своего иска, отвѣтчикъ — то же основаніе своей эксцепціи или своего квалифицированнаго отрицанія. Вполнѣ безразлично при этомъ, подлежатъ ли доказыванію положительные или отрицательные факты, напр. condictio indebiti. Поэтому невѣрно правило affirmanti incumbit probatio; въ другомъ же правилѣ: ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat [2]) обязанность представлять доказательства поставлена въ зависимость не отъ положительной или отрицательной формы выраженія факта, а отъ его утвержденія въ матеріальномъ смыслѣ (въ смыслѣ заявленія извѣстнаго требованія); форма, какъ мы уже сказали, не имѣетъ здѣсь никакого значенія, такъ какъ она вполнѣ зависитъ отъ произвола лица, напр. скажетъ ли малолѣтній, требующій реституціи in integrum, sum minor или non sum major—все равно.

---

[1]) Изъ Пандектъ.
[2]) L. 2. D. de probat. (22, 3).

Многіе хотѣли поставить onus probandi въ зависимость отъ наименьшей вѣроятности утверждаемаго факта: лицо, обязанное представлять доказательства, придавъ указываемому имъ факту нѣкоторую долю вѣроятности, можетъ тѣмъ самымъ сложить onus probandi на противника. Отсюда уже очевидна невѣрность этого воззрѣнія. Кромѣ того положительнымъ закономъ сила слагать обязанность представленія доказательствъ на противника присвоена только нѣкоторымъ вѣроятностямъ (см. ниже), почему она и не можетъ быть признана за всякимъ достовѣрнымъ заявленіемъ. Итакъ, чтобы лицо могло освободиться отъ обязанности доказывать, необходимо, чтобы одновременно соединились 1) вѣроятность заявленія и 2) законъ — писанный или неписанный, придающій этой вѣроятности свойство переносить onus probandi съ одного лица на другое.

b) Стороны представляютъ доказательства въ извѣстной, естественной послѣдовательности. Прежде всего истецъ доказываетъ свои требованія, составляющія основу всего процесса и направленныя на измѣненія извѣстнаго положенія вещей. Если онъ не представитъ доказательствъ вовсе или его доказательства будутъ уничтожены доказательствами противника, то ему въ искѣ отказываютъ, хотя бы отвѣтчикъ съ своей стороны не доказалъ ничего [1]) Доказательство поэтому есть onus petitoris и commodum possessoris. Petitoris partes sustinere имѣетъ значеніе равносильное обязанности доказывать спорное право, составляющее предметъ тяжбы. Если же истцу нечего доказывать или онъ уже привелъ надлежащія доказательства, то onus probandi падаетъ на отвѣтчика, обязаннаго доказать тѣ факты, которые по его мнѣнію должны освободить его отъ отвѣтственности ио иску. Эти правила не могутъ быть примѣняемы къ judicia duplicia, гдѣ случай равенства доказательствъ или особо разрѣшенъ положительнымъ закономъ (предписывающимъ равное отношеніе къ обѣимъ сторонамъ касательно onus probandi, а потому и дѣленіе спорнаго предмета между ними поровну, напр. въ искахъ о раздѣлѣ), или же рѣшается сообразно съ фактическимъ владѣніемъ, напр. при interdicta retinendae possessionis.

c) Кромѣ того представляется необходимымъ, даже справедливымъ не требовать отъ лица доказательства нѣкоторыхъ указываемыхъ имъ фактовъ, и признать, что представленіе доказательствъ лежитъ на томъ лицѣ, которое ихъ оспариваетъ, т. е. поступить такъ, какъ будто бы послѣднее лицо заявило

---

[1]) L. 4. C. de edendo (2, 1). *Прим. изд.*

требованіе, противъ котораго возразило первое. Технически это выражается слѣдующимъ образомъ: въ пользу нѣкоторыхъ фактовъ есть извѣстная юридическая вѣроятность, praesumtio juris (которую слѣдуетъ отличать отъ praesumtio juris et de jure, см. выше, и отъ praesumtiones hominis seu facti; эти послѣднія не освобождаютъ лицо отъ обязанности представлять доказательства, но служатъ основаніями доказательствамъ, приводимымъ тою или другою стороною).

Эти praesumtiones juris [1]) слѣдующія: a) извѣстное отношеніе, возникновеніе котораго доказано, считается продолжающимся впредь до удостовѣренія его прекращенія; поэтому принадлежность права лицу считается доказанною, если доказанъ способъ его пріобрѣтенія; слѣдовательно противникъ, отрицающій бытіе этого права въ настоящее время, обязанъ представить доказательства его прекращенія [2]); b) naturalia negotii (§ 58 [3]); c) если доказаны условія дѣйствительности сдѣлки, выступающія въ самомъ ея актѣ и ее образующія, то бытіе остальныхъ условій предполагается; отсутствіе ихъ долженъ доказать противникъ; d) безусловность сдѣлки; поэтому лицо, ссылающееся на извѣстное условіе, должно доказать его существованіе, и e) bona fides.

Въ заключеніе сдѣлаемъ нѣсколько замѣчаній о нѣкоторыхъ изъ этихъ презумцій:

Признаніе продолженія извѣстнаго отношенія, начало коего доказано, презумціей — необходимо для доказательства права потому, что иначе вовсе нельзя было бы доказать его существованіе или принадлежность данному лицу. Другое дѣло — непрерывное существованіе извѣстнаго фактическаго положенія вещей. Оно также предполагается при длящемся (dauernd) состояніи (напр. при владѣніи вещью), но не при осуществленіи какого-либо права, состоящемъ изъ нѣсколькихъ отдѣльныхъ дѣйствій, напр. права пользованія извѣстною дорогою. Здѣсь вѣроятіе постояннаго осуществленія права должно быть подкрѣплено доказательствомъ совершенія отдѣльныхъ дѣйствій въ теченіи даннаго періода времени.

Условія сдѣлокъ. Дѣеспособность лица и непорочность употребленной формы всегда предполагаются; самое соблюденіе установленной формы должно быть доказано. Лицо, ссылающееся на прекращеніе сдѣлки вслѣдствіе резолютивнаго условія, должно до-

---

[1]) Изъ Пандектъ.
[2]) L. 12. 22. 25. §. 2. D., L. 12. 16. C. eod.
[3]) L. 9. D. eod.

казать самое назначеніе условія и наступленіе его. Споръ возбуждалъ вопросъ о доказательствѣ суспензивнаго условія. Должно ли лицо, ссылающееся на извѣстную сдѣлку, доказывать ея безусловность? Гассе [1]) отвѣчаетъ утвердительно на томъ основаніи, что лицо, опирающееся на извѣстную сдѣлку, заявляетъ, или что она совершена pure, или что условіе уже наступило. Какъ послѣднее подлежало бы его доказательству, если бы условіе продолжало существовать, такъ же точно оно должно доказать и безусловность сдѣлки. Выводъ, что всякое утвержденіе или положительное заявленіе должно быть доказано лицомъ, его сдѣлавшимъ,—ложенъ. Мнѣніе противоположенное разсмотрѣнному и возлагающее onus probandi по отношенію къ условію на противника, хотя и представляется господствующимъ, однако въ подтвержденіе его обыкновенно приводятся ложныя основанія (чувство вообще часто вѣрнѣе рѣшаетъ дѣло, чѣмъ теорія); этого недостатка не избѣжалъ даже Бетманъ-Гольвегъ [2]). Многіе говорятъ, что безусловныя сдѣлки самыя обыковенныя и потому наиболѣе вѣроятны; что лицо, ссылающееся на условіе, утверждаетъ, а противникъ его отрицаетъ. На самомъ дѣлѣ вопросъ разрѣшаестя весьма просто въ зависимости отъ той praesumtio juris, которая примѣняется къ доказательству юридическихъ сдѣлокъ. Лицо, ссылающееяся на нее, представляется уже исполнившимъ свое onus proadi тогда, когда оно доказало факты, образующіе юридическую сдѣлку, т. е. форму и содержаніе ея въ той мѣрѣ, въ какой это было необходимо по характеру его заявленія. Ссылка на суспензивное условіе есть указаніе особаго недостатка, а потому онъ и долженъ быть доказанъ тѣмъ лицомъ, которымъ указывается [3]). Вопросъ о наступленіи условія не возбуждалъ противорѣчія.

С Судебное рѣшеніе

§ 99.

Судебными рѣшеніями, decreta въ общемъ смыслѣ слова, называются постановленія судовъ о лицахъ, подчиненныхъ ихъ юрисдикціи. Рѣшенія, состоявшіяся по одностороннему требо-

---

[1]) Hasse, Rhein Museum III стр. 343.

[2]) Bethmann- Hollweg, Versuche. стр. 354.

[3]) Противъ этого возсталъ Ветцель, Civilprozess, конецъ 19 §: „условный договоръ, pendente conditione, вполнѣ еще не заключенъ, такъ какъ произошло только предварительное согласованіе воль, обусловливающее возможность его въ будущемъ и обязывающее контрагентовъ ожидать разрѣшенія вопроса о су-

ванію, называются постановленіями, decreta въ собственномъ смыслѣ слова (напр. Communicativdecrete), изданныя же послѣ выслушанія преній двухъ сторонъ, называются окончательными рѣшеніями, опредѣленіями (Decisiverkenntnisse, Urtheile, Sentenzen). Къ этимъ послѣднимъ относятся тѣ приговоры, которыми разрѣшается тяжба или вполнѣ (окончательный приговоръ), или въ извѣстной промежуточной стадіи (неокончательный приговоръ, Zwischenurtheil, sententia interlocutoria). Здѣсь мы будемъ говорить о судебныхъ рѣшеніяхъ, въ особенности окончательныхъ.

Къ области процесса относится ученіе о тѣхъ необходимыхъ условіяхъ, которымъ должно удовлетворять судебное рѣшеніе для того, чтобы быть дѣйствительнымъ и имѣть силу закона.

Къ области гражданскаго права относится ученіе о дѣйствіи судебнаго рѣшенія, выражаемомъ терминомъ res judicata, то есть судебное окончаніе тяжбы. Имъ мы теперь и займемся.

1) Рѣшеніе, какъ таковое, независимо отъ своего содержанія, въ томъ случаѣ когда предметомъ тяжбы было обязательство, имѣетъ значеніе новаціи: оно уничтожаетъ прежнее обязательство вообще и кромѣ того, если требованія истца были уважены, ставитъ на его мѣсто новое обязательство. Таково дѣйствіе процесса вообще, а потому таково уже послѣдствіе и litis contestatio; судебное рѣшеніе лишь подтверждаетъ это послѣднее.

2) То, что постановлено въ судебномъ рѣшеніи о юридическихъ отношеніяхъ сторонъ, бывшихъ на судѣ, считается справедливымъ (заключаетъ въ себѣ формальную правду), такъ какъ оно не можетъ быть оспорено ни одною изъ сторонъ. Это необходимо слѣдуетъ изъ понятія окончательнаго рѣшенія (Sentenz), которое, кромѣ упомянутаго, не имѣло бы уже никакого дѣйствія. Но это дѣйствіе рѣшенія естественно распространяется только на тяжущихся и ихъ наслѣдниковъ: res judicata pro veritate accipiur inter partes (поэтому судебное рѣшеніе никого не можетъ сдѣлать собственникомъ, такъ какъ право собственности въ противоположность одному какому-нибудь лицу не имѣло бы смысла). Только въ немногихъ случаяхъ [1]) рѣ-

---

ществованія ихъ договора отъ наступленія условія. Ссылка на условный, т. е. еще несуществующій договоръ вполнѣ исключаетъ поэтому возможность ссылаться на договоръ, уже существующій"; такая ссылка есть отрицаніе указаннаго факта и потому должна обусловливать возложеніе обязанности представить доказательства на лицо, указавшее наличность условія.

[1]) Рѣшенія о status лица, L. 25. D. de statu hom (1, 5), L. 2. 3. pr. D. de agnosc. lib. (25, 3), объ inofficiositas, L. 17. §. 1. D. de inoff. test. (5, 2.), и о всякой другаго рода недѣйствительности завѣщанія, L. 50. §. 1. D. de

шенію придается болѣе широкое дѣйствіе, подъ тѣмъ однако непремѣннымъ условіемъ, чтобы рѣшеніе это состоялось послѣ серьезнаго всесторонняго обсужденія дѣла сторонами и слѣдовательно не имѣли мѣста—ни collisio, ни [1]) contumacia.

Благодаря упомянутой формальной правдѣ, обвинительное рѣшеніе порождаетъ для осужденнаго обязательство—obligatio judicati; значеніе этого обязательства зависитъ исключительно отъ дѣйствительности судебнаго рѣшенія; существовало ли прежде обязательство, или нѣтъ—все равно, рѣшеніе уже само по себѣ составляетъ nova causa obligationis, предметъ исполненія. При обвиненіи по личному иску должнику предоставляется 4 мѣсячный срокъ для добровольнаго исполненія рѣшенія, и только по истеченіи его имѣетъ мѣсто actio judicati. Однако судья въ случаяхъ, не терпящихъ отлагательства, можетъ сократить этотъ срокъ, а именно при искѣ о средствахъ къ жизни (alimenta). Въ вещныхъ искахъ вообще не опредѣляется срока для реституціи вещи, за исключеніямъ только того случая, когда невозможно немедленное ея возвращеніе; тогда должникъ обязанъ представить въ обезпеченіе поручительство (въ томъ, что онъ возвратитъ отсужденную вещь при первой возможности [2]).

Дѣло, окончившееся вступившимъ въ законную силу рѣшеніемъ, не можетъ быть предметомъ новаго разсмотрѣнія (кромѣ случая допущенія in integrum restitutio). Res judicata есть finis controversiarum. Это дѣйствіе рѣшенія осуществляется посредствомъ exceptio rei judicatae, предоставляемой каждой сторонѣ, въ пользу которой въ судебномъ рѣшеніи постановлено что-либо о предметѣ, вызвавшемъ новый споръ: эксцепція эта дается оправданному въ томъ случаѣ, когда истецъ захочетъ вновь осуществить отсужденное отъ него право, но она дается и прежнему истцу, освобожденному отъ какой-либо exceptio отвѣтчика, когда послѣдній захочетъ вновь осуществить отсужденное у него право посредствомъ новаго процесса (Новація также осуществляется посредствомъ exceptio rei judicatae см. ниже § 292). Здѣсь слѣдуетъ, конечно, говорить единственно о матеріальной функціи эксцепціи, основывающейся на томъ, что

---

leg. I. (30), L. 14. D. de appell. (49, 1), по actiones populares, L. 3. pr. D. de pop. act. (47, 23.). Изъ Пандектъ.

[1]) А не collisio, или conniventia, какъ неудачно исправляетъ Parbs, ibid. стр. 33. См. L. 14. §. 1. D. de app. (49. 1). L. 1. D. de leg. I. (30), L. 17. §. 1 D. de. inof. test. (5. 2.). *Прим. изд.*

[2]) Отсюда ведетъ начало употребленное въ L. 6. §. 2. D. de confess. (42, 2) названіе actiones, ex quibus dies datur ad restituendam rem. *Прим. изд.*

рѣшеніемъ постановлено нѣчто такое, противъ чего возстаетъ лицо присужденное.

Exceptio rei judicatae имѣетъ мѣсто во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда между одними и тѣми же лицами возобновляется рѣшенная тяжба. Правило: exceptio rei judicatae obstat, quoties inter easdem personas eadem quaestio revocatur [1]) заключаетъ въ себѣ слѣдующія условія:

1) Eaedem personae—рѣшеніе имѣетъ силу только для лицъ, участвовавшихъ въ процессѣ. Вступленіе въ процессъ представителя до или послѣ рѣшенія не составляетъ различія лицъ. Представителемъ считается и временный собственникъ вещи при вопросѣ о ея реальныхъ сервитутахъ. Пользоваться этою эксцепціею могутъ и наслѣдники обоихъ тяжущихся, какъ универсальные, такъ и сингулярные.

2) Eadem quaestio—тотъ же спорный вопросъ, который уже былъ разрѣшенъ. Это требованіе распадается на двѣ составныя части, точнѣе опредѣляющія тождество:

a) idem de quo agitur—тождество предмета иска—вещи или дѣйствія. То обстоятельство, что въ первомъ случаѣ дѣло шло о цѣломъ предметѣ, а во второмъ—о части его, не имѣетъ значенія, такъ какъ противъ лица, ищущаго сначала часть, а потомъ цѣлое, и наоборотъ, напр. участокъ земли, а затѣмъ часть его или домъ, наслѣдство и единичныя res hereditariae, есть exceptio [2]); b) eadem causa petendi, causa proxima actionis—тождество права, изъ котораго вытекли прежній и новый иски. Иски же могутъ быть различны, напр. interdictum adipiscendae possessionis и actio. Causa remota не имѣетъ значенія: она можетъ быть другою, а право будетъ оставаться тѣмъ же [3]). Поэтому противъ иска о правѣ собственности является exceptio, какъ только ссылаются на новый способъ пріобрѣтенія этого права, а не на прежній [4]). Различный спо-

---

[1]) L. 7. §. 4. D. de exc. rei jud. (42, 2). *Прим. изд.*

[2]) Въ L. 7. D. h. t. слѣдуетъ только устранить противорѣчіе вопроса о строительныхъ матеріалахъ, если подобно Савиньи (System VI., прил. XVI) начинать § 1. словами item si quis fundum petierit.—Возраженіе Беккера (die proz. Consumption. 1853. стр. 336), будто рѣшеніе въ § 1. есть только предварительное (fere),—не вѣрно, ибо fere относится не къ nocet, а къ omnibus. По той же причинѣ слѣдуетъ въ §. 3. читать exceptio noceat, вм. non noceat. *Прим. изд.*

[3]) L. 27. eod: Cum de hoc, an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum, de quo agitur, causa proxima actionis. Nec jam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset, perinde ac si quis posteaquam contra eum judicatum esset, nova instrumenta causae suae reperisset (Nerat). Изъ Пандектъ.

[4]) L. 11. §. 1. 2. 4. 5. D. eod.

собъ пріобрѣтенія права только тогда рождаетъ другое право, когда самое пріобрѣтеніе совершилось уже послѣ перваго рѣшенія, adquisitum postea dominium [1]), что естественно не противорѣчитъ высказанному нами выше взгляду.—Но эксцепція не можетъ быть предъявлена, когда истцу было отказано не потому, что спорное право принадлежитъ не ему, а по другому основанію, напр. потому-что отвѣтчикъ не можетъ въ дѣйствительности считаться таковымъ. Ссылка въ этомъ послѣднемъ случаѣ на право собственности не противорѣчитъ содержанію перваго судебнаго рѣшенія.

По отношенію къ causa remota весьма важно различіе между actiones in personam и in rem. Всякое обязательство возникаетъ извѣстнымъ, ему одному свойственнымъ образомъ: другой способъ возникновенія—другое обязательство. Слѣдовательно тотъ, кто требуетъ исполненія того же дѣйствія по другому обязательственному основанію, отличному отъ прежняго, тотъ ищетъ по другому обязательству; здѣсь уже не eadem causa petendi и exceptio теряетъ значеніе; въ судѣ шло дѣло только объ одномъ обязательствѣ, рѣшеніе постановлено только по этому одному обязательству, а не по всѣмъ основаніямъ, по которымъ извѣстный предметъ можетъ слѣдовать истцу, напр. возмещеніе убытковъ ex deposito, ex l. Aquilia: я требую вознагражденія за убытки по actio depositi, но мнѣ отказано, такъ какъ я не могъ доказать поклажи; я могу предъявить actio legis Aquiliae, не опасаясь никакой exceptio rei judicatae.

Права, изъ которыхъ вытекаютъ вещные иски, возникаютъ разнообразными способами, причемъ различный способъ возникновенія права не дѣлаетъ его инымъ правомъ; кому отказано въ признаніи права собственности, въ правѣ на сервитутъ, тому, естественно, отказано и во всякой другой возможности пріобрѣтенія этого права; полагая въ основаніе своего иска собственность и проч., истецъ исчерпалъ уже всѣ causae remotae.

Долго утверждали, что можно избѣгнуть этого, полагая въ основаніе иска опредѣленный способъ пріобрѣтенія (expressa causa adquirendi). Но этотъ взглядъ:

1) нецѣлесообразенъ и противорѣчитъ основнымъ положеніямъ разумнаго процессуальнаго законодательства

и 2) невозможенъ съ точки зрѣнія гражданскаго права. Тогда на судѣ обсуждался бы и разрѣшался не вопросъ о правѣ собственности, а объ извѣстномъ способѣ его пріобрѣтенія. Это

---

[1]) L. 11. §. 5. D. h. t. (42, 2): Itaque adquisitum quidem postea dominium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit.—

уже не былъ бы искъ о правѣ собственности: ссылаться на оное можно было бы только non expressa causa [1]).

IV. In integrum restitutio.

A. Понятіе.

§ 100.

Кто желаетъ отвратить ущербъ, происшедшій отъ правонарушенія, тотъ можетъ для этой цѣли пользоваться вышеуказанными обыкновенными, ординарными средствами охраненія правъ. Но есть другаго рода ущербы, для предотвращенія которыхъ обыкновенная защита недостаточна; даже само право можетъ служить поводомъ къ подобному ущербу; таковы, напр. законъ о земской и исковой давности, невыгодное заключеніе сдѣлки, судебное рѣшеніе. Формальное право можетъ сдѣлаться матеріальною неправдой.

Нѣтъ, конечно, никакой надобности въ этихъ чрезвычайныхъ средствахъ охраненія, когда каждому дана возможность собственною осмотрительностью и заботливостью предотвращать подобныя невыгоды; мы безъ всякой необходимости принесли бы въ жертву великое благо прочности юридическаго быта, если бы хотѣли помогать невнимательнымъ и легкомысленнымъ лицамъ въ такихъ невыгодахъ, которыя произошли по собственной ихъ винѣ. Jura vigilantibus sunt scripta.

Но помощь становится необходимою, если обстоятельства лица слагаются такимъ образомъ, что для него неизбѣжны тѣ невыгоды, которыя вытекаютъ изъ формальнаго права; въ противномъ случаѣ само право перестало бы быть благодѣтельнымъ. При подобныхъ обстоятельствахъ допускается, кромѣ обыкновенныхъ способовъ охраненія правъ, еще чрезвычайное средство, состоящее въ защитѣ не общаго права, а въ дѣйствіяхъ противорѣчащихъ ему; назначеніе этого средства—осуществленіе идеи высшей справедливости противъ невыгодъ обыкновеннаго закона. Это и есть in integrum restitutio, возвращеніе лица въ прежнее положеніе. Чѣмъ болѣе извѣстное право проникнуто уваженіемъ ко всей совокупности интересовъ человѣческаго существованія, тѣмъ менѣе будетъ потребности въ этомъ чрезвычайномъ средствѣ; но никогда нельзя будетъ совершенно обойтись безъ него.

---

[1]) См. экзегетическое изложеніе относящихся сюда мѣстъ въ прил. VIII.

Терминъ in integrum restitutio характеризуетъ этотъ способъ охраненія права только вообще, не опредѣляя его въ точности; поэтому мы должны прежде всего выдѣлить изъ понятія реституціи нѣсколько случаевъ, которые иначе могли бы быть подведены подъ это понятіе. In integrum restitutio есть:

1) Возстановленіе извѣстнаго правоваго состоянія, уже уничтоженнаго строгимъ правомъ. А потому сюда не относится реституція, какъ предметъ виндикаціи, въ силу которой защищается существующее право и возстановляется только фактическое состояніе; затѣмъ реституція, какъ предметъ нѣкоторыхъ interdicta restitutoria, и проч.

2) Возстановленіе посредствомъ особаго процессуальнаго дѣйствія. А потому не будетъ реституціей a) возстановленіе извѣстнаго положенія вещей вслѣдствіе снисхожденія (концессіи) государя, напр. restitutio famae (собственно реституція не есть дѣло милости); b) возстановленіе, наступающее ipso jure, въ силу закона, каково postliminium. Можетъ случиться, что противъ послѣдствій строгаго права будетъ предоставлено законное средство охраненія, которое хотя и вытекаетъ изъ общаго права, но не изъ jus strictum, а изъ jus aequum. Это бываетъ въ томъ случаѣ, когда условія такого способа защиты права точно опредѣлены въ законѣ, и допущеніе его или недопущеніе не предоставлено усмотрѣнію судьи. Нѣсколько способовъ судебной защиты, которые прежде подводились подъ понятіе in integrum restitutio, выдѣлились впослѣдствіи (отчасти уже въ римскомъ, отчасти въ нынѣ дѣйствующемъ правѣ) изъ этой сферы, такъ какъ было предписано давать защиту праву вообще, безъ вліянія индивидуальныхъ особенностей каждаго случая. Такъ напр. обманъ и принужденіе не влекутъ за собою ничтожности сдѣлки, однако въ этомъ случаѣ дается возстановленіе посредствомъ actio и exceptio doli, actio и exceptio metus. Эти способы охраненія въ древнемъ римскомъ правѣ входили частью въ понятіе in integrum restitutio, въ новѣйшемъ же вполнѣ выдѣлились изъ него. Такъ же возстановляются извѣстные виды отчужденій—въ ущербъ противника въ процессѣ, въ ущербъ кредитора (actio Pauliana;—они вызываютъ процессуальный способъ защиты-actio in factum, который въ древнемъ римскомъ правѣ сводился къ in integrum restitutio; въ новѣйшемъ же римскомъ правѣ этого уже нѣтъ), далѣе-capitis deminutio (вслѣдствіе которой истецъ терялъ право иска, но за то могъ быть возстановленъ въ прежнемъ правѣ посредствомъ in integrum restitutio. И этотъ случай уже въ новомъ римскомъ правѣ выдѣлился изъ области in integrum restitutio).

3) Собственно реституція, т. е. такого рода возвращеніе въ прежнее состояніе, правомѣрность котораго основывается на рѣшеніи судьи, постановленномъ независимо отъ болѣе или менѣе тѣснаго ограниченія судейскаго усмотрѣнія спеціальнымъ закономъ о поводахъ и основаніяхъ мнѣнія судьи объ умѣстности или неумѣстности реституціи.

Реституція основывается на слѣдующихъ моментахъ:

1) Поводъ—причиненный правомъ ущербъ (§ 101).

2) Основаніе. a) Юридическое основаніе. Здѣсь вопросъ въ томъ, возможно ли допустить реституцію при данныхъ обстоятельствахъ, предположивъ ихъ истинными. Основаніе состоитъ въ требованіяхъ высшей справедливости въ противоположность обыкновенному правовому порядку; наше право называетъ justae causae restitutionis нѣсколько обстоятельствъ, которыя вообще могутъ обусловливать вторженіе въ область обыкновеннаго юридическаго порядка (§ 102—104), но ставитъ дѣйствіе ихъ въ отдѣльныхъ случаяхъ въ зависимость отъ усмотрѣнія судьи и отъ значенія индивидуальныхъ отношеній. Въ этомъ-то, а именно во первыхъ въ осуществленіи aequitas въ противоположность обыкновенному праву, затѣмъ во вліяніи судьи на это право—и заключается характеристическій признакъ истинной in integrum restitutio. b) Фактическое основаніе. Здѣсь вопросъ въ томъ, истинны ли факты, указанные лицомъ просящимъ реституціи. Конечно, это не составляетъ характеристической черты реституціи, ибо вопросъ объ истинѣ фактовъ имѣетъ мѣсто во всякомъ процессѣ [1]).

3) Реализація, дѣйствительное возстановленіе прежняго состоянія. И этотъ моментъ не составляетъ характеристической черты реституціи, ибо и обыкновенные судебные способы охраненія правъ могутъ имѣть такой же результатъ. Средства для этой реализаціи суть a) отмѣна (Rescission) извѣстнаго событія, напр. вступленія въ права наслѣдства; b) отмѣна и возстановленіе утраченнаго способа охраненія права, actio rescissoria s. restitutoria, напр. при отрѣченіи отъ права; c) допущеніе новаго иска, которое впрочемъ обусловливается вышеупомянутымъ основаніемъ (2-й моментъ) и его изслѣдованіемъ; этотъ случай, по нынѣ дѣйствующему праву, исключенъ изъ сферы реститу-

---

[1]) L. 3. D. de in int. rest. (4, 1): omnes in integrum restitutiones causa cognita a praetore promittuntur, scilicet ut justitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit. Слова an verae sint не могутъ относиться къ фактической истинѣ, иначе должно было бы употребить: et an,—смыслъ же ихъ слѣдующій: справедливы ли основанія, по которымъ онъ желалъ бы оказать помощь.

ціи и сдѣлался обыкновеннымъ судебнымъ средствомъ охраненія, каковы actio и exceptio doli. metus. (См. выше третью рубрику).

В. Поводъ.

§ 101.

Первое условіе, отъ котораго зависитъ допущеніе реституціи и которымъ также опредѣляется рѣшеніе судьи. есть существованіе ущерба, laesio. Здѣсь надо обратить вниманіе на слѣдующіе пункты:

1) Ущербъ не долженъ быть ничтожный: minima non curat praetor. Это соотвѣтствуетъ чрезвычайности помощи.

2) Этотъ ущербъ долженъ быть сопоставленъ съ ущербомъ, имѣющимъ произойти для другихъ лицъ отъ допущенія реституціи, а также и съ тѣмъ замѣшательствомъ въ юридическихъ отношеніяхъ вообще, которое отъ этого можетъ случиться. Реституція не можетъ быть допущена, когда ущербъ втораго рода значительно перевѣшиваетъ первый. Указанное условіе не должно быть понимаемо положительно, въ смыслѣ наличности значительнаго вреда; только въ тѣхъ случаяхъ, когда допущенію реституціи препятствуютъ какія-либо сомнѣнія, они должны быть устраняемы соображеніями о значительности ущерба отъ недопущенія реституціи.—Уже въ этихъ двухъ пунктахъ заключается важное вліяніе усмотрѣнія судьи, даже въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ идетъ рѣчь объ основаніяхъ реституціи, опредѣленныхъ въ законѣ.

3) Не только положительный ущербъ долженъ быть принимаемъ въ разсчетъ, но и недостиженіе ожидаемой выгоды, не вредящее интересамъ другаго лица.

4) Ущербъ можетъ касаться не только имущества, но и личности, напр. тягостная работа или безпокойство.

5) Laesio должна быть причинена самимъ правомъ. Поэтому исключается случайный ущербъ, напр. принятіе наслѣдства, которое уменьшается вслѣдствіе непредвидимыхъ событій (не то должно сказать относительно невѣрныхъ капиталовъ); а также собственная вина и непростительная небрежность къ собственнымъ интересамъ. Все различіе между совершеннолѣтними и несовершеннолѣтними состоитъ въ томъ, что послѣднимъ подобные недостатки не всегда ставятся въ вину и что напротивъ ихъ безпечность и легкомысліе должны служить источникомъ laesio (такъ что и здѣсь виноватъ собственно законъ, признающій за подобными лицами дѣеспособность).

6) Laesio должна находиться въ причинной связи съ justa causa restitutionis; ущербъ долженъ быть вызванъ несовершеннолѣтіемъ, заблужденіемъ, отсутствіемъ и т. д.

C. Основаніе реституціи.

§ 102—104.

Извѣстны слѣдующія justae causae, которыя, при извѣстныхъ предположеніяхъ, могутъ служить поводомъ къ реституціи.

1) Minor aetas.

Всякій ущербъ (при отсутствіи особеннаго ограниченія въ законѣ) можетъ служить поводомъ къ реституціи для несовершеннолѣтнихъ, если только они вовлечены въ невыгодное положеніе, будетъ ли это сдѣлка или упущеніе—все равно, легкомысліемъ и неопытностью; конечно, при этомъ предполагается, чтобы сдѣлка не была недѣйствительною уже по общему праву, напр. вслѣдствіе отсутствія согласія опекуна на заключеніе сдѣлки, или вслѣдствіе обмана съ одной стороны. При исковой давности реституція была устранена прямымъ предписаніемъ закона, что для несовершеннолѣтнихъ 30 лѣтняя и меньшая давность пріостанавливается; при actiones perpetuae давность исключается во всѣхъ случаяхъ (см. § 107) [1].

Указанныя свойства несовершеннолѣтнихъ должны послужить поводами для laesio. Поэтому если несовершеннолѣтній заключилъ сдѣлку такъ же, какъ это сдѣлалъ бы всякій опытный совершеннолѣтній, — реституція не допускается. Участіе опекуна въ такихъ сдѣлкахъ само по себѣ не исключаетъ возможности реституціи, которая только тогда не имѣетъ мѣста, когда сдѣлка заключена совершенно правильно. Это ограниченіе необходимо, иначе не были бы возможны никакія сдѣлки съ несовершеннолѣтними. Нѣкоторые случаи [2]) особо разрѣшены

---

[1]) Авторъ безъ сомнѣнія хочетъ сказать: „но противъ погашенія давностью этихъ actiones perpetuae реституція никогда не допускается.“ Въ этомъ убѣждаетъ насъ ссылка на параграфъ 107. *Прим. изд.*

[2]) a, Противъ денежнаго займа, совершеннаго filiusfamilias minor по приказанію отца, L. 3. §. 4 eod., L. 2. C. de filiofam. minore (2, 23); b, противъ отчужденія заклада, отданнаго еще наслѣдодателемъ малолѣтняго, L. 2. C. si adv. vend. pign. (2, 29); c) противъ платежа, учиненнаго съ соблюденіемъ всѣхъ формальностей, L. 25. C. de adm. tut. (5, 37), §. 2. I. quib. alien. licet. (2, 8), вслѣдствіе котораго потерпѣло измѣненіе древнее правило, указанное въ L. 7. §. 2. D. de minor. (4, 4), L. 1. C. si adv. solut. (2, 33).

Изъ Пандектъ.

въ законѣ въ томъ смыслѣ, что въ нихъ признавали отсутствіе необходимыхъ условій для реституціи и потому таковая не допускалась; случаи эти часто, но неправильно, разсматривались какъ исключенія изъ общаго правила.

Несовершеннолѣтній теряетъ право ссылаться на свою неопытность вслѣдствіе обмана съ своей стороны при заключеніи спорной сдѣлки, именно не только вслѣдствіе обманнаго завѣренія въ своемъ совершеннолѣтіи (malitia supplet aetatem), но и вслѣдствіе клятвы, данной для укрѣпленія сдѣлки, а также и въ тѣхъ случаяхъ, когда реституція является безнравственною или неприличною: поэтому-то реституція не допускается противъ займа, совершеннаго 18 лѣтнимъ юношей или другими уполномоченными имъ лицами для освобожденія своихъ родныхъ [4]), противъ обыкновенныхъ (не чрезмѣрныхъ) брачныхъ подарковъ, если только бракъ дѣйствительно воспослѣдовалъ [2]), противъ мировой сдѣлки близкихъ родственниковъ относительно возложеннаго на нихъ, на случай ранней смерти, фидеикомисса [3]).

Реституція [1]), установленная для несовершеннолѣтнихъ, практикою была распространена на общины [5]), церкви и богоугодныя заведенія [6]), наконецъ на всѣ universitates personarum [7]).

2) Отсутствіе. Нижеслѣдующее относится только до такого рода упущеній, причиною которыхъ было отсутствіе. Преторъ перечислилъ нѣсколько опредѣленныхъ случаевъ отсутствія, присоединивъ къ нимъ въ заключеніе особую clausula generalis, которая хотя также относится къ случаямъ отсутствія, но имѣетъ и болѣе обширное значеніе. Результатъ этого слѣдующій: основаніемъ для реституціи противъ упущеній служитъ: а) Собственное отсутствіе потерпѣвшаго 1) *непроизвольное и необходимое*: по государственной или общественной службѣ (это относится также и къ женѣ отсутствующаго, далѣе къ первому

---

1) Nov. 115. c. 3. §. 13 in f.
2) L. 1. C. si adv. donat. (2, 30).
3) L. 11. C. de transact (2, 4).
4) Изъ Пандектъ.
5) L. 4. C. qu. ex caus. mai. (2, 54), L. 3. C. de jure reipubl. (11, 29).
6) c. 1—3. 6. X. de in int. rest. (1, 41).
7) Упомянутое, выработанное практикою, распространеніе привиллегій, свойственныхъ государству (reipublicae), церкви и монастырямъ, на всѣ universitates personarum имѣетъ то единственное основаніе, что и дѣла этихъ послѣднихъ управляются посторонними лицами.—Это могло скорѣе привести къ распространенію на нихъ ex clausula generali ограниченной реституціи, даруемой отсутствующимъ, такъ какъ реституція, даруемая несовершеннолѣтнимъ, ограничивается случаями ихъ личнаго дѣйствія или бездѣйствія. Savigny, System VII. стр. 160. *Прим. изд.*

времени по возвращеніи его или жены—противъ ущерба, который они потерпѣли по возвращеніи, но только въ теченіи первыхъ дней), отсутствіе по случаю вызова къ начальству (vor Obrigkeit), плѣна на войнѣ, заключенія, принужденія, основательнаго страха и вообще всякаго рода непроизвольное отсутствіе, имѣвшее упомянутое послѣдствіе. Къ этимъ, дѣйствительно непроизвольно отсутствующимъ лицамъ причисляются и виды фиктивнаго отсутствія умалишенныхъ, дѣтей и юридическихъ лицъ. 2) *Произвольное* отсутствіе, когда оно вызвано похвальнымъ мотивомъ, напр. studiorum causa, при чемъ не было допущено никакой небрежности въ назначеніи повѣреннаго. Но подобнаго рода небрежность, при непроизвольномъ отсутствіи, можетъ сдѣлаться помѣхой, если только въ этомъ случаѣ причиной убытковъ было не собственно отсутствіе, а нѣчто другое; впрочемъ дѣло всегда обсуждалось снисходительно. Если же отсутствующій имѣлъ повѣреннаго и могъ съ него взыскать убытки, то реституція не давалась.

b) Отсутствіе противника. Это обстоятельство служитъ поводомъ къ реституціи безъ обсужденія его мотива, но при этомъ предполагается, что нѣтъ на лицо повѣреннаго, или защитника, противъ котораго право могло бы быть осуществлено. Если противникъ скрывался, или невозможно было его настигнуть,— то и эти обстоятельства разсматривались, какъ препятствія, зависящія отъ личности контрагента.

3) Препятствіе къ совершенію упущеннаго дѣйствія, зависившее отъ личности судьи (ясно поименованнаго преторомъ) или отъ другихъ внѣшнихъ обстоятельствъ: наводненія при пользованіи сервитутомъ, предписанія закона, болѣзни и пр., когда обстоятельства эти такого рода, что точное исполненіе обыкновеннаго права противорѣчило бы справедливости. Эти случаи относятся также къ clausula generalis.

4) Извинительное заблужденіе (см. § 57). Но заблужденіе только въ немногихъ случаяхъ считается основаніемъ для реституціи: a) противъ упущенія ex clausula generali, когда по обстоятельствамъ дѣла представляется настоятельная потребность въ помощи, но не противъ упущенія годовой исковой давности [1]); b) еще ограниченнѣе значеніе заблужденія для реституціи въ сдѣлкахъ; оно проявляется въ трехъ случаяхъ: 1) въ сдѣлкѣ [2]), заключенной falso tutore auctore съ лицомъ, на-

---

[1] L. 3. §. 31. D. eod., L. 7. D. de in int. rest. (4, 1), L. 15. §. 5. D. quod vi (43, 24).

[2]) Изъ Пандектъ.

ходящемся подъ опекой; 2) по отношенію къ кредиторамъ наслѣдства (Erbschaftsglaeubiger), которые въ ущербъ себѣ заявили о раздѣлѣ, и 3) по отношенію къ истцу, которому отказано въ вѣрномъ искѣ вслѣдствіе ложнаго его обоснованія и котораго законныя требованія исключаются посредствомъ excep-tio rei judicatae [1])

Еще одно замѣчаніе о clausula generalis; иногда она служила поводомъ къ вопіющимъ злоупотребленіямъ. Новѣйшія основательныя изслѣдованія этого предмета привели къ тому заключенію, что римское право примѣняло эту clausula только къ упущеніямъ (Versaeumnisse).

Между тѣмъ возможны случаи, когда распространеніе этой clausula становится потребностью, что (неговоря уже о старыхъ обычаяхъ) подтверждается практикой, именно когда лицо, слабаго ума и характера, а потому и мало развитое, подъ вліяніемъ внѣшняго авторитета (но безъ принужденія), заключитъ невыгодную для себя сдѣлку. При стеченіи всѣхъ этихъ обстоятельствъ реституція будетъ умѣстна.

Dolus и metus уже въ новѣйшемъ римскомъ правѣ имѣли весьма ограниченное примѣненіе въ смыслѣ основаній реституціи; въ большинствѣ случаевъ противъ нихъ употреблялись ординарныя средства защиты [2]). То же соблюдается и теперь по нынѣшнему праву [3]); поэтому на actio и exceptio doli, metus нельзя болѣе смотрѣть какъ на реституцію [4]). Въ римскомъ

---

[1]) Dig. XXVII. 6. quod falso tutore auctore gestum esse dicetur, L. 1. §. 17. D. de separ. (42, 6). L. 11. pr. D. de exc. rei jud. (44, 2).

[2]) Мнѣніе, будто въ новѣйшемъ правѣ была введена особая реституція противъ bonae fidei obligationes, заключенныхъ подъ вліяніемъ dolus, которая, благодаря своему быстрому производству, почти совершенно вытѣснила иски по договорамъ, см. Burchardi, Vangerow, Leitfaden für Pand. Vorl. § 102, прим. c., мнѣніе это не имѣетъ въ словахъ in integrum restitutio, употребленныхъ въ L. 10. C. de resc. vend. (4, 44) никакого видимаго внѣшняго для себя основанія, ибо этотъ терминъ можетъ только обозначать возстановленіе правоваго состоянія посредствомъ иска по договору, L. 23. §. 7, L. 60. D. de aed. ed. (21, 1). *Прим. изд.*

[3]) Вангеровъ (§ 117, прим. 1, и другіе думаютъ, что реституція вслѣдствіе dolus и metus должна быть вновь введена. Противнаго мнѣнія держится Рустратъ. Ср. L. 5. C. fin. in quib. caus. in int. r. n. non est. *Прим. изд.*

[4]) Эта аргументація однако не разрѣшаетъ тѣхъ случаевъ, для которыхъ ординарныя законныя средства (actio и exceptio doli и metus, договорные иски по сдѣлкамъ bonae fidei) недостаточны, напр. несостоятельность противника, принужденіе къ принятію или отреченію отъ наслѣдства, рѣшеніе на основаніи показанія подкупленнаго свидѣтеля. Подаваемая въ этихъ случаяхъ помощь есть безспорно чрезвычайная, L. 21. §. 5, 6. D quod metus (4, 2), L. 33. D. de re jud. (42, 1), Savigny System. VII. §. 330. 332. даже и въ каноническомъ правѣ, c. 1. de rest. in VI-to (1, 2). *Прим. изд.*

правѣ существовалъ поводъ къ примѣненію реституціи при dolus—въ самомъ свойствѣ actio doli, какъ позорнаго иска, famosa actio. Изъ состраданія было повелѣно не допускать actio famosa тамъ, гдѣ можно было помочь реституціею. Но для нынѣ дѣйствующаго права все это утратило значеніе, а потому ничто не мѣшаетъ признать restitutio ob dolum совершенно отмѣненною.

D. Просьба о реституціи.

§ 105.

Просьба [1]) о реституціи должна быть подана компетентному судьѣ въ установленное время: по древнѣйшему праву въ теченіи annum utulis, по новѣйшему—въ теченіи quadriennium continuum. Компетентнымъ для реституціи должно считать судью, считающагося компетентнымъ по отношенію къ тому способу защиты права, которое должно быть возвращено лицу, просящему реституціи. Срокъ для реституціи вслѣдствіе несовершеннолѣтія считается съ момента достиженія законнаго возраста; для реституціи вслѣдствіе отсутствія и другихъ препятствій—со времени уничтоженія этихъ препятствій. Производство по просьбѣ о реституціи представляетъ три главные момента: изслѣдованіе и разрѣшеніе 1) юридической основы просьбы, 2) фактической ея основы, составляющее вмѣстѣ judicium rescindens и 3) реализацію данной реституціи, состоящую въ устраненіи причинившаго ущербъ факта и въ возстановленіи утраченнаго права или средства защиты (иска или эксцепціи) и составляющую предметъ judicium rescissorium s. restitutorium, въ которомъ примѣняются реституированныя лицу процессуальныя дѣйствія. Согласно съ этимъ слѣдуетъ признать правило, что судья, компетентный для judicium rescissorium, компетентенъ и для judicium rescindens. Потому оба эти производства могутъ быть соединены, что обыкновенно и дѣлается.

Вопросъ: „требуется ли для начала реституціонной давности, чтобы управомоченное на реституцію лицо знало о нарушеніи его права (laesio)?“ рѣшался утвердительно на основаніи слѣдующаго мѣста въ кодексѣ: „ex quo annus utilis currebat“ [2]). Но, какъ мы выше видѣли, utile tempus не имѣетъ никакого

---

[1]) Изъ Пандектъ.

[2]) L. 7. C. de temp. in integr. rest. (2, 53): Supervacuam differentiam utilis anni in integrum restitutionis a nostra republica separantes, sancimus, et in antiqua Roma, et in hac alma urbe, et in Italia, et in aliis provin-

вліянія на опредѣленіе начала давности, поэтому при annus utilis и не требуется никакого знанія о laesio. Мнѣніе это не только ни на чемъ не основано, но и само по себѣ невозможно.

Противъ реституціонной давности невозможна реституція [1]) ни вслѣдствіе незнанія, ни вслѣдствіе заблужденія и это весьма естественно, такъ какъ иначе не предвидѣлось бы конца. Если въ этихъ случаяхъ даже нельзя требовать реституціи, то тѣмъ менѣе можетъ быть исключено ipso jure начало давности.

При изслѣдованіи вопроса о реституціи должны быть выслушаны обѣ стороны (только въ видѣ исключенія, при разсмотрѣніи нѣкоторыхъ процессуальныхъ упущеній, но не случаевъ гражданскаго права, можно прибѣгать къ производству brevi manu). На лицѣ, ищущемъ реституціи, лежитъ обязанность доказать 1) laesio и 2) justa causa.

Имѣющимъ право на реституцію считается тотъ, кто потерпѣлъ ущербъ и для кого появилась justa causa. Поэтому напр. нѣтъ реституціи противъ дѣйствія несовершеннолѣтняго, если онъ вмѣстѣ съ тѣмъ не есть потерпѣвшее лицо, а напротивъ самъ нанесъ ущербъ другому, напр. тому, чьимъ повѣреннымъ онъ былъ. Другое дѣло, если онъ отвѣчаетъ предъ нимъ за свои дѣйствія, напр. какъ negotiorum gestor.

Можно ли имѣть реституцію отъ лица другаго? Безспорно ее имѣетъ универсальный наслѣдникъ, напр. наслѣдникъ несовершеннолѣтняго—противъ ущерба, понесеннаго послѣднимъ, и по поводу котораго несовершеннолѣтній могъ бы самъ искать реституціи. Такое уже возникшее требованіе переходитъ къ наслѣднику. Но этимъ случаемъ и ограничивается переходъ: по отношенію къ сингулярному наслѣднику такой переходъ не имѣетъ мѣста.—Имѣетъ ли поручитель право на реституцію отъ лица главнаго должника? Этотъ спорный вопросъ слѣдуетъ рѣшить отрицательно. L. 7. §. 1. D. de except. [2]), которая приводи-

---

ciis quadriennium continuum tantummodo numerari ex die, ex quo annus utilis currebat, et id tempus totius loci esse commune.

[1]) L. 20. D. de minor. (4, 4). Трудно согласиться какъ съ этимъ положеніемъ, такъ и съ основаніемъ, по которому оно допущено. Реституція противъ истеченія реституціонной давности есть только дальнѣйшее распространеніе другаго реституціоннаго основанія, напр. отсутствія, обмана. Было бы произволомъ безусловно отказать въ ней потому только, что этимъ удлиняется реституціонное время; такъ именно рѣшаетъ этотъ вопросъ положит. право, L. 1. 3. C. de temp. in int. (2, 53), c. 1. de rest. in VI-to (1, 21). Отказъ въ L. 20. cit. опирается исключительно на томъ общемъ основаніи, что въ конкретномъ случаѣ отсутствіе не представляетъ никакого препятствія. См. также Savigny Syst. VII стр. 558. *Прим. изд.*

[2]) L. 7. §. 1. D. de except. (44, 1): Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt - —idem dicitur is pro filiofamilias contra S.

лась въ подтвержденіе положительнаго отвѣта на него, рѣшаетъ этотъ вопросъ обратно; здѣсь различаются два случая: былъ ли minor обманутъ—въ этомъ случаѣ онъ имѣетъ exceptio doli, или уже нанесъ онъ себѣ ущербъ по собственной винѣ, deceptus in re здѣсь minor можетъ выйти изъ своего положенія только путемъ auxilium extraordinarium; поручителю же не дается exceptio. Другой вопросъ состоитъ въ томъ: не имѣетъ ли поручитель права, покрайней мѣрѣ при извѣстныхъ обстоятельствахъ, требовать реституціи на томъ основаніи, что *главный несовершеннолѣтній должникъ реституированъ* (слѣдовательно не ex persona minoris); но о немъ см. въ ученіи о поручительствѣ, § 405 [1]).

Е. Дѣйствіе реституціи.

§ 106.

Говоря о дѣйствіи реституціи, необходимо отвѣтить на два вопроса: въ чемъ состоитъ послѣдствіе реституціи и противъ кого именно дѣйствуетъ реституція? Послѣдствіе реституціи состоитъ въ возстановленіи правовагосостоянія, существовавшаго до возникновенія повода къ реституціи. Реституированное лицо получаетъ снова свое потерянное право, но только въ томъ видѣ, каково оно было до laesio, не болѣе и не менѣе; при реституціи иска возстановляется прежняя давность. Въ случаѣ просрочекъ возстановляется только то время, которое было утрачено justa causa, какъ напр. при реституціи противъ истекшей земской

C. quis fidejusserit aut pro minore XXV annis circumscripto. Quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium quam restitutus fuerit, nec fidejussori danda est exceptio. Это можетъ означать: 1) онъ никогда не имѣетъ эксцепціи, 2) онъ не имѣетъ ея до тѣхъ поръ, пока не реституированъ несовершеннолѣтній. Послѣднее толкованіе, въ связи съ принятымъ въ текстѣ, д. б. предпочтено. *Прим. изд.*

[1]) Вопросъ долженъ быть поставленъ иначе, потому что поручитель ex sua persona не имѣетъ права на реституцію; также и при допущеніи реституціи въ пользу несовершеннолѣтняго поручитель можетъ только добиваться уступки реституціи съ цѣлію направленія ея противъ кредитора, L. 24. pr. D. de min. (4, 4). Скорѣе надо поставить вопросъ такъ: слѣдуетъ ли реституировать несовѣршеннолѣтняго должника только противъ кредитора, или также и противъ поручителя, такъ-чтобы послѣдній, въ концѣ концовъ, несъ весь ущербъ? При этомъ слѣдуетъ различать: ручался ли поручитель только на случай несостоятельности, или также и на случай реституціи (contemplatione juris praetorii); въ послѣднемъ случаѣ предполагается, что онъ зналъ о несовершеннолѣтіи должника. Въ первомъ случаѣ ему будетъ дана помощь, L. 51. D. de proc. (3, 3), въ послѣднемъ—нѣтъ: Paul. R. S. I, 9. §. 6., L. 13. pr. D. de min. (4, 4), L. 95. §. 3. D. de solut. (46, 3). Savigny Syst. VII стр. 220 и слѣд. *Прим. изд.*

или исковой давности. Время съ момента устраненія препятствія засчитывается реституированному, а потому очень возможно, что послѣ реституціи свободнаго времени уже не остается, слѣдовательно необходимо немедленное предъявленіе иска послѣ реституціи. Это обстоятельство предупреждается соединеніемъ иска съ просьбою о реституціи. Противникъ также реституируется, но при столкновеніи возстановленія его правъ съ правомъ лица, уже получившаго реституцію, онъ долженъ уступить ему. Ни подъ какимъ видомъ не долженъ реституированный обогащаться на счетъ противника. Что касается втораго вопроса: противъ кого дѣйствуетъ реституція, то обыкновенно говорятъ: реституція по правилу дѣйствуетъ in personam, т. е. противъ того, кто отъ laesio остался въ выигрышѣ, и только въ видѣ исключенія in rem Но далеко не всѣ случаи могутъ быть разрѣшены на основаніи этого принципа; онъ пригоденъ только для весьма небольшаго числа ихъ.

Скорѣе слѣдуетъ признать такой принципъ: противникъ, противъ котораго была просима и должна дѣйствовать реституція, опредѣляется правомъ, подлежащимъ реституціи

1) При реституціи иска противникомъ ея считается то самое лицо, противъ котораго будетъ предъявленъ искъ (judicium rescindens направляется противъ того же лица, противъ котораго направится и judicium rescissorium). При вещномъ искѣ, напр. при реституціи противъ земской давности,— противъ всякаго владѣльца вещи, при личномъ искѣ—противъ должника.

2) Этотъ же принципъ примѣняется и къ эксцепціямъ.

3) Когда требуется отмѣна иска, то противникомъ становится лицо управомоченное на искъ, напр. при принятіи наслѣдства; точно то же бываетъ и вообще, когда реституція дается противъ какого либо обязательственнаго отношенія, напр. договора, судебнаго рѣшенія. Если дѣло остановилось на простомъ обязательственномъ отношеніи, то нѣтъ необходимости въ дальнѣйшемъ его разсмотрѣніи. Напротивъ, если что-либо уже исполнено, уплочено по обязательству, то реституція по принципу направляется противъ того же лица, т. е. противъ получателя. Но можетъ случиться, что реституціею нельзя помочь реституированному лицу, напр. въ случаѣ несостоятельности получателя или когда реституированному важно возвратить себѣ in specie отчужденную получателемъ вещь. Въ такомъ случаѣ, для того—чтобы реституція достигала цѣли, слѣдуетъ допустить ея направленіе in rem, т. е. ресциндируется не только обязательная сдѣлка, но и исполненіе ея, слѣдовательно и самый переходъ права собственности, т. е. реституируется вещный

искъ (это нужно имѣть въ виду при примѣненіи вышеупомянутаго правила, которое въ противномъ случаѣ будетъ недостаточно) [1]). Право на реституцію переходитъ къ третьимъ лицамъ лишь настолько, насколько интересы этихъ лицъ неразрывно связаны съ интересами лица реституированнаго [2]).

F. Ограниченіе реституціи.

§ 107.

Обусловливаемая реституціею возможность вторженія въ область ординарнаго права могла бы угрожать большою опасностью юридическому порядку, еслибы судьи предоставляли лицамъ пользованіе этимъ чрезвычайнымъ средствомъ охраненія правъ безъ достаточной осмотрительности, безъ особенной на то крайности. Нѣкоторую границу противъ подобнаго зла составляетъ вышеизложенная теорія разсматриваемаго юридическаго института, если только она будетъ въ точности соблюдаема. Однако германское право все таки сочло полезнымъ устранить возможность неумѣстнаго примѣненія реституціи особыми ограниченіями, а равно и совершенно обезпечить нѣкоторыя юридическія отношенія отъ дѣйствія этого чрезвычайнаго средства.

1) Реституція, какъ вполнѣ неумѣстная, исключается въ слѣдующихъ случаяхъ: a) когда ущербъ лица гораздо меньше тѣхъ невыгодъ, которыя произошли бы отъ реституціи для другихъ лицъ; b) когда ущербъ состоитъ въ утратѣ штрафнаго иска (actio poenalis); c) противъ послѣдствій преступленія (delictum), совершеннаго лицомъ, ищущимъ реституціи, и d) противъ сдѣлокъ съ родителями, которые въ этомъ именно, а не въ другомъ какомъ-либо качествѣ и принимали участіе въ сдѣлкѣ.

2) Слѣдующіе юридическіе факты (сдѣлки) не могутъ быть уничтожены вслѣдствіе реституціи: a) фискальныя отчужденія, b) браки—согласно практикѣ, основанной на сущности этого союза, c) совершенные несовершеннолѣтнимъ—отказъ отъ наслѣдства или принятіе наслѣдства, открывшагося для него во время дѣтства и принятаго или отвергнутаго его отцомъ, наконецъ d) тридцатилѣтняя и большая давность.

3) Ограниченіе реституціи краткимъ періодомъ времени, назначеннымъ для ея полученія отъ судьи, гарантируется тѣмъ, что

---

[1]) Изъ Пандектъ.

[2]) Cod. 11, 26: si in communi eademque causa i. i. r postuletur.

реституція исключается вслѣдствіе пропущенія этого срока. Отказъ отъ реституціи со стороны лица управомоченнаго на нее, обусловливающій также утрату реституціи, не исключаетъ однако возможности особой реституціи противъ этого отказавшагося субъэкта, если есть къ тому достаточное основаніе. Одно изъ важнѣйшихъ ограниченій дѣйствія реституціи есть изъятіе 30-лѣтней и большей давности. Взглядъ, признающій это исключеніе, является господствующимъ, хотя многіе юристы опровергали его; это различіе мнѣній зависитъ отъ объясненія постановленія, служащаго имъ основаніемъ [1]). Отъ этой давности не избавляютъ ни полъ, ни отсутствіе, ни военная служба, ни возрастъ, за исключеніемъ несовершеннолѣтія. Нѣкоторые говорили, что слова цитаты относятся не къ реституціи, но къ вопросу о tempus continuum или utile; что приведеннымъ мѣстомъ установлено именно tempus continuum; но это мнѣніе рѣшительно не вѣрно. Можно бы предположить на основаніи этого мнѣнія, что всѣ приведенные пункты имѣютъ значеніе при utile tempus, а между тѣмъ это справедливо только относительно одного пункта, именно, отсутствія, но не относительно пола и возраста. А потому въ приведенномъ мѣстѣ должно говориться о чемъ-то такомъ, что обще для всѣхъ этихъ пунктовъ, а это есть реституція [2]). Относительно возраста и отсутствія (и militia) это—само по себѣ ясно, ради же пола реституція не допускается, хотя женщины иногда были реституируемы вслѣдствіе заблужденія въ такихъ случаяхъ, когда мужчины реституціи не получали. Это подтверждается и всѣмъ содержаніемъ законовъ. Неоднократно строго предписывалось, чтобы отвѣтчикъ по истеченіи извѣстнаго продолжительнаго срока давности непремѣнно былъ въ безопасности. Далѣе несовершеннолѣтніе освобождены только отъ исковой давности меньше 30 лѣтъ. Конечно, если бы 30-лѣтняя исковая давность была предметомъ реституціи, то несовершеннолѣтніе не были бы изъяты отъ дѣйствія этой реституціи.

---

[1]) L. 3. C. de praescr. XXX ann. (7, 39): non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate duntaxat, quamvis sub tutoris defensione consistat, huic eximenda sanctioni —

[2]) Въ пользу этого говоритъ выраженіе defendenda, которое вовсе неравнозначуще со словомъ eximenda. *Прим. изд.*

КНИГА III.

О ПРИМѢНЕНІИ ЗАКОНОВЪ КЪ ЮРИДИЧЕСКИМЪ ОТНОШЕНІЯМЪ.

Введеніе.

§ 108 [1]).

Примѣненіе права къ юридическимъ отношеніямъ, являющееся дѣятельностью судьи, зависитъ 1) отъ бытія того закона, о примѣненіи котораго идетъ дѣло: въ этомъ бытіи его судья обязанъ удостовѣриться (§ 109), и 2) отъ способности даннаго юридическаго отношенія подчиняться именно указанному закону. Вопросъ о томъ, къ какимъ случаямъ долженъ быть примѣняемъ извѣстный законъ, разрѣшается частію особымъ содержаніемъ этого закона, частію нѣкоторыми общими, выходящими за предѣлъ отдѣльныхъ законовъ, правилами, о которыхъ и будетъ рѣчь ниже (§ 110—113).

I Судейское знаніе закона.

§ 109.

Отношенія суда къ фактамъ и къ законамъ, отъ которыхъ зависитъ рѣшеніе, различно. Факты должны быть указаны и доказаны. Относительно законовъ существуетъ правило: jura novit curia. Судья только воспринимаетъ факты, предлагаемые тяжущимися. Относительно права существуетъ обратное правило: nara mihi factum, ego tibi narrabo jus. Функція судьи состоитъ въ примѣненіи закона къ предложеннымъ ему фактамъ. Отъ воли тяжущихся зависитъ не предлагать извѣстнаго факта на об-

---

[1]) Изъ Пандектъ.

сужденіе судьи; отъ нихъ же зависитъ—какой именно фактъ предложить судьѣ. Должность судьи не оскорбляется полнымъ отказомъ тяжущагося отъ нѣкоторыхъ правъ, которыя принадлежатъ ему на основаніи извѣстныхъ фактовъ. Напротивъ, самостоятельно познать и примѣнить право—задача судьи; тяжущіеся могутъ и не опредѣлять тѣхъ законовъ, которые идутъ къ дѣлу, а потому и примѣненіе ихъ не столько зависитъ отъ дѣятельности тяжущихся, сколько зависитъ отъ нихъ группировка фактовъ.

1) Указаніе законовъ судьѣ не признается необходимымъ. Правило это вообще имѣетъ силу для общаго права (gemeines Recht) scriptum u non scriptum, обнародованнаго права данной страны и записаннаго обычнаго права извѣстнаго судебнаго округа. Модификація его допускается только относительно нѣкоторыхъ законовъ, о существованіи которыхъ судья не обязанъ знать; таковы: иностранное право, особенное обычное право своего отечества, за исключеніемъ записаннаго обычнаго права своего судебнаго округа. Непримѣненіе этихъ правъ не можетъ быть поставлено въ укоръ судьѣ, если тяжущіеся сами на нихъ не ссылались.

Означенная модификація отнюдь не представляется полнымъ исключеніемъ изъ правила, такъ какъ иностранное право и особенное обычное право не трактуются какъ факты, которые судья не имѣетъ права обсуждать и принимать въ разсчетъ, если стороны на нихъ не ссылались

Если же судья случайно знаетъ помянутыя права, то онъ не долженъ ждать ссылки на нихъ, потому что примѣненіе права не можетъ зависѣть отъ произвола сторонъ.

2) Законы не должны быть доказываемы. Судья ex officio долженъ пріобрѣсть знаніе права. Этотъ принципъ подвергается модификаціи по отношенію къ тѣмъ законамъ, знаніе которыхъ не обязательно для судьи: въ этомъ случаѣ онъ можетъ требовать, чтобы стороны доставили ему тѣ средства познать эти законы, которыя ему самому не доступны, напр. средства для познаванія особеннаго обычнаго права: указаніе случаевъ примѣненія его, наименованіе лицъ, подлежащихъ допросу, и пр. Но всѣ эти случаи никогда не могутъ быть уравнены съ фактами. Судья не долженъ забывать, что въ этихъ случаяхъ онъ самодѣятеленъ и долженъ дѣйствовать ex officio, а не относиться къ нимъ пассивно.

Къ изложеннымъ случаямъ указанія права тяжущимися никогда не примѣняются процессуальные принципы о приведеніи доказательствъ, именно касательно сроковъ, ступеней въ процессѣ, способовъ доказыванія и формы ихъ употребленія.

Указывали на слѣдующія два исключенія изъ установленнаго правила:

1) Публикацію закона [1]), такъ какъ это—фактъ. Но это вѣрно только въ томъ смыслѣ, что законъ вообще и всякое отдѣльное законоположеніе есть фактъ, но не въ смыслѣ процессуальномъ. Если допустить, что публикація закона должна быть доказана, то отчего же не допустить этого и относительно промульгаціи его.

2) Обычное право. Долгое время господствовалъ тотъ взглядъ, что обычное право есть фактъ и, какъ таковое, должно быть доказано; но оно является фактомъ не болѣе, чѣмъ всякое другое право. Это ученіе вытекло изъ нерасположенія древнѣйшихъ романистовъ къ туземному нѣмецкому праву, которое существовало преимущественно въ формѣ права обычнаго, которому они на практикѣ противодѣйствовали посредствомъ такого невыгоднаго на него воззрѣнія, серьозно затруднявшаго его примѣненіе. Опроверженіе этого взгляда въ другомъ моемъ сочиненіи [2]) вызвало правильный взглядъ на обычное право и въ практикѣ. Судья разсматривающій какой-либо законъ, какъ процессуальный фактъ, не понимаетъ своего призванія; онъ даже унижаетъ его, ставя примѣненіе права въ зависимость отъ случайности процессуальнаго доказательства.

II. Примѣненіе права.

А. Исключеніе примѣненія частною волею.

§ 110.

Право не можетъ быть измѣняемо волею частныхъ лицъ [3]). Однако есть права (законы), примѣненіе которыхъ къ подлежащимъ случаямъ можетъ быть исключено волею частныхъ лицъ, это такъ-называемое jus dispositivum. Оно опредѣляетъ случаи своего примѣненія такимъ образомъ, что частная воля можетъ изъять изъ его дѣйствія извѣстное отношеніе, таковъ наприм. для наслѣдованія по закону законъ объ условіи

---

1) Ср. Thibaut System. des Pand. R. § 25.

2) Puchta. Das Gewohnheitsrecht. II. стр.. 151.

3) L. 38. D. de pactis (2,14): jus publicum privatorum pactis mutari non potest. Изъ Пандектъ.

чтобы субъэктъ умеръ intestatus, для naturalia negotii—чтобы между контрагентами ничего опредѣленно условлено не было, и проч.

Ему противополагается такъ-называемое jus cogens, опредѣляющее случаи своего примѣненія абсолютно: оно запрещаетъ всякое уклоненіе или исключеніе его примѣненія частною волею, таковъ напр законъ о формѣ тестамента. Съ этимъ правомъ смѣшивали отмѣну и модификацію закона посредствомъ источника права, каковъ напр. случай когда общее право исключаетъ дѣйствіе мѣстныхъ особенныхъ законовъ. Однако же это вовсе не есть существенное свойство jus cogens и можетъ встрѣтиться и при jus dispositivum (это заблужденіе произошло отъ смѣшенія обычнаго права съ частною волею).

Указанное подраздѣленіе относится только къ возможности исключенія примѣненія закона частною волею. Отмѣна же закона есть нѣчто другое. Въ этомъ отношеніи частная воля не имѣетъ значенія.

В. Примѣненіе новаго закона.

§ 111.

[Вопросъ о примѣненіи законовъ можетъ быть поставленъ по поводу различія времени изданія закона и времени, къ которому относится подлежащій обсужденію случай. Принципъ здѣсь слѣдующій]: законъ не имѣетъ никакой силы до своего возникновенія; онъ можетъ быть примѣненъ только къ такимъ случаямъ, которые ко времени его возникновенія еще не существовали, къ facta futura, а не къ facta praeterita. Этотъ принципъ въ особенности относится къ примѣненію законовъ положительнаго права, которое имѣетъ опредѣленное время возникновенія.

Дѣйствіе закона начинается 1) съ момента публикаціи, съ послѣдняго акта, необходимаго для возникновенія положительнаго закона; 2) съ позднѣйшаго срока, если законодатель допустилъ vacatio legis; 3) съ извѣстнаго, предшествующаго публикаціи срока, если законодатель допустилъ обратное дѣйствіе закона: законъ въ этомъ случаѣ долженъ быть примѣняемъ такъ, какъ если бы онъ былъ изданъ въ опредѣленное, предшествующее публикаціи время. Эта обратная сила закона сама собой подразумѣвается, когда вновь изданный законъ есть аутентическая интерпретація прежняго—объяснительный (declaratoriches) законъ. Случаи, на которые не должна быть про-

стираема обратная сила закона, суть: 1) дѣла, разрѣшенныя приговоромъ суда, или окончившіяся мировой сдѣлкой; 2) дѣла, перенесенныя въ апелляціонную инстанцію, но еще не рѣшенныя. [Обратная сила закона не можетъ здѣсь имѣть никакого примѣненія, потому что апелляціонный судья долженъ разсмотрѣть, правильно ли рѣшилъ дѣло первый судья, а это онъ можетъ сдѣлать только соображаясь съ существовавшими во время рѣшенія законами, а потому онъ не долженъ примѣнять новаго закона [1])]. Нѣкоторые хотятъ сдѣлать во второмъ случаѣ исключеніе для объяснительныхъ законовъ и допустить примѣненіе ихъ апелляціоннымъ судьею. Но объявленіе новаго закона аутентическою интерпретаціею прежняго есть только молчаливое предписаніе объ обратной его силѣ. Молчаливое же предписаніе объ обратной силѣ закона не можетъ имѣть большаго значенія, нежели ясно выраженное предписаніе, а аутентическая интерпретація есть такой же новый законъ, какъ и всякій другой.

Вопросъ о примѣнимости закона къ извѣстному случаю, или юридическому отношенію, подлежащему обсужденію, зависитъ отъ отношенія времени возникновенія этого случая къ моменту начала дѣйствія закона. Случай долженъ совпадать по времени съ этимъ моментомъ, все равно, будетъ ли это моментъ публикаціи, или предшествующій ей, или слѣдующій за ней моментъ времени. Но примѣненіе можетъ быть сомнительнымъ при сомнительности времени возникновенія того или другаго случая. По какимъ даннымъ мы узнаемъ время возникновенія юридическаго отношенія, т. е. опредѣляемъ его какъ factum praeteritum или futurum?

Надобно различать три случая:

1) Фактъ можетъ быть мгновеннымъ, можетъ ограничиться однимъ моментомъ времени. Здѣсь все зависитъ отъ того, предшествуетъ ли этотъ моментъ тому, съ котораго начинается дѣйствіе закона, или же слѣдуетъ за нимъ. Фактъ долженъ обсуждаться по закону, дѣйствовавшему въ моментъ его совершенія. Такимъ фактомъ является заключеніе сдѣлки. Всѣ юридическія условія, касающіяся самаго акта, должны быть обсуждаемы по прежнему праву, дѣйствовавшему въ моментъ образованія, а не по позднѣйшимъ законамъ, хотя бы вопросъ о соблюденіи этихъ условій возникъ позже вслѣдствіе того, что сдѣлка будетъ предложена на разсмотрѣніе судьи уже по выходѣ новаго закона.

---

[1]) Nov. 19. pv, Nov. 118., Nov. 115. c. 1., Nov. 143.

2) Фактъ распредѣляется на цѣлый періодъ времени. Въ этомъ случаѣ онъ считается совершившимся только съ истеченіемъ этого времени. поэтому если начало дѣйствія новаго закона падаетъ въ этотъ промежутокъ времени, то фактъ будетъ не factum praeteritum, а futurum. Подобными случаями являются давность земская и исковая, бракъ, по отношенію къ вопросу о послѣдствіяхъ длящагося бытія его, а не одного его заключенія. Такимъ образомъ, напр. вопросъ объ условіяхъ дѣйствительности заключенія брака (ибо могутъ существовать также условія дѣйствительности его продолженія) обсуждается по правиламъ указаннымъ въ первой рубрикѣ, то-есть по времени начала брака; юридическія же послѣдствія прекращенія его вслѣдствіе смерти одного изъ супруговъ обсуждаются по правилу установленному во второй рубрикѣ. То же должно сказать о содержаніи завѣщанія (а не о формѣ его): фактомъ, составляющимъ источникъ права наслѣдованія, является не одно составленіе завѣщанія, но и послѣдующая смерть завѣщателя. Поэтому законъ, вышедшій до его смерти, можетъ измѣнить дѣйствіе самаго завѣщанія, тогда какъ по прежнему закону будутъ обсуждаться условія, относящіяся исключительно къ бытію завѣщанія. Примѣненіе новаго закона къ относящимся сюда случаямъ ограничивается другимъ, не лишеннымъ значенія, принципомъ: jura quaesita считаются всегда совершившимися фактами, facta praeterita, которые не должны быть стѣсняемы новымъ закономъ. Поэтому сокращенный давностный срокъ, вводимый новымъ закономъ, не вредитъ истцу (если противоположный этому принципъ прямо не установленъ законодателемъ) потому, что онъ уже пріобрѣлъ искъ въ связи съ извѣстною опредѣленною давностью; иначе былъ бы возможенъ нелѣпый результатъ, что искъ оказался бы уже погашеннымъ давностью въ моментъ изданія новаго закона [1]). Но указанное ограниченіе обусловливаютъ только эти jura quaesita; гдѣ ихъ нѣтъ,

---

[1]) Впрочемъ, если срокъ давности, считая отъ момента публикаціи, уже прошелъ, то нѣтъ препятствія къ примѣненію новаго закона. Давность не есть часть пріобрѣтеннаго лицомъ права. Искъ, возникшій послѣ публикаціи (nata actio), подлежитъ дѣйствію новаго закона точно также, какъ и искъ, уже прежде возникшій.

Ни прежнее мнѣніе автора, изложенное въ текстѣ, ни новое, — въ этомъ примѣчаніи—не вѣрны безусловно. Новый законъ, сокращающій исковую давность, отрицаетъ лишь необходимость, а не достаточность прежняго продолжительнаго срока, а потому его слѣдуетъ примѣнять такимъ образомъ, чтобы 1) требовалось не болѣе полнаго истеченія прежняго срока; 2) но также и не менѣе, или всего стараго, или всего новаго срока, по выбору отвѣтчика, въ послѣднемъ случаѣ безъ зачисленія истекшаго уже времени.

тамъ законъ примѣняется вполнѣ, напр. въ случаѣ сокращенія срока земской давности—ко вреду собственника; положимъ, что срокомъ для usucapio прежде было 10 лѣтъ и что новый законъ сократилъ этотъ срокъ на 5 лѣтъ, еще до полнаго истеченія давности; законъ этотъ долженъ быть примѣняемъ ко вреду собственника, ибо онъ не имѣетъ никакого права на то, чтобы его вещь была пріобрѣтаема давностью только по истеченіи 10 лѣтъ. Впрочемъ подобные случаи могутъ представлять извѣстныя неудобства, которыя должны быть предусмотрѣны законодателемъ. Судья можетъ здѣсь помочь развѣ только посредствомъ in integrum restitutio, если данный случай представляетъ къ тому возможность, напр. при сокращеніи давностнаго срока. Принципъ, что пріобрѣтенныя права не должны подвергаться никакимъ измѣненіямъ, есть только перифразъ указаннаго выше правила о непримѣненіи новаго закона къ facta praeterita.

3) Новый законъ выходитъ въ промежутокъ времени между совершеніемъ извѣстнаго факта и наступленіемъ его юридическихъ послѣдствій, такимъ образомъ фактъ обсуждается какъ factum praeteritum, а послѣдствія его—какъ facta futura. Рѣшеніе вопроса о примѣненіи зависитъ здѣсь отъ того, возможно ли такое самостоятельное, отдѣльное обсужденіе факта отъ его послѣдствій.

а) Если послѣдствія связаны съ фактомъ только посредственно, такъ что существуетъ другое, позднѣйшее непосредственное основаніе ихъ возникновенія, то они подпадаютъ подъ дѣйствіе новаго закона, напр. измѣненіе въ судопроизводствѣ, предписывающее для руководства суда правила для осуществленія обязательствъ древнѣйшихъ и возникшихъ при другихъ процессуальныхъ законахъ; подобные законы вступаютъ тотчасъ же въ дѣйствіе: измѣненіе мѣста, занимаемаго извѣстною претензіею въ конкурсѣ, до открытія послѣдняго, послѣдовательность удовлетворенія такихъ претензій—опредѣлится исключительно по новому закону. Слѣдовательно, если моя претензія, принадлежавшая по прежнему закону ко второму классу, по новому

Напр. 10-лѣтняя давность, по истеченіи 7 лѣтъ, сокращается новымъ закономъ въ 5-лѣтнюю; въ этомъ случаѣ истецъ уже утратилъ свое право иска, если послѣ изданія новаго закона протекло 3 года; въ случаѣ изданія послѣдняго по истеченіи 1 года прежней давности — искъ погашается новою давностью чрезъ 5 лѣтъ со времени публикаціи закона и чрезъ 6 лѣтъ со времени возникновенія иска; Savigny, System VIII. § 132. Мнѣніе, что здѣсь допускается пропорціональное исчисленіе, или что требуется culpa со стороны истца (Herrmann, Zeitschr. fuer Civilr. und Process. II. 3., нов. сер. 1845 года)—лишено внутренняго основанія. *Прим. ред.*

будетъ отнесена къ пятому, то я долженъ этому подчиниться, ибо возникновеніе моего права на причисленіе претензіи моей ко второму классу связано съ прежнимъ закономъ только посредственно; дѣйствительнымъ же и непосредственнымъ источникомъ возникновенія этого права является открытіе конкурса. Въ этомъ случаѣ нельзя сказать, чтобы factum praeteritum упомянутаго перваго факта былъ подчиненъ дѣйствію новаго закона.

b) Если послѣдствія неразрывно связаны съ упомянутымъ фактомъ, такъ что обсужденіе ихъ по новому закону было бы обсужденіемъ по этому же закону и самого факта, то послѣдствія въ такомъ случаѣ сами принимаютъ характеръ чего-то прошедшаго, и примѣненіе новаго закона становится невозможнымъ; напр. когда дареніе, впослѣдствіи запрещенное закономъ, совершается посредствомъ нѣсколькихъ уплатъ, то въ слѣдующій за изданіемъ закона срокъ полученія, дареніе лишь осуществляется и примѣненіе новаго закона не имѣетъ мѣста: стипуляція здѣсь была одна, хотя исполненіе ея должно совершиться въ нѣсколько разъ. Признакомъ непримѣнимости новаго закона здѣсь можетъ еще служить то обстоятельство, что примѣненіе новаго закона въ этихъ случаяхъ всегда повлекло бы за собой нарушеніе jura quaesita.

Въ германскомъ законодательствѣ хотя мы находимъ нѣсколько рѣшеній, относящихся къ занимающему насъ вопросу, но они, въ виду допущенныхъ анормальностей, не могутъ служить руководствомъ. Напримѣръ, относительно договора о процентахъ [1]) постановлено, что эти договоры должны подлежать дѣйствію новаго закона, если онъ понижаетъ размѣръ процентовъ. Для того, чтобы избѣжать нарушенія jus quaesitum, кредитору должно быть предоставлено право требовать прежніе высшіе проценты—по день платежа, если онъ самъ не хлопоталъ о пониженіи (напр. при пониженіи процентовъ государственнаго долга). Относительно же закона о приданомъ [2]) постановлено наоборотъ, что новый законъ долженъ быть примѣняемъ только къ приданому (dotes), имѣющему быть отданнымъ въ будущемъ. Это постановленіе германскаго права имѣетъ внутреннее основаніе относительно тѣхъ правъ, которыя уже дѣйствительно возникли вслѣдствіе назначенія приданаго и которыя отнюдь не должны быть измѣняемы, но не по отношенію къ цѣлому jus dotale, такъ какъ оно установляетъ отчасти такія

---

[1]) L. 27. C. de usur. (4,32).
[2]) L. un. in. f. C. de rei ux. act. (5,13).

послѣдствія, которыя вытекаютъ лишь изъ длящагося бытія брака и къ которымъ должны быть примѣняемы новые законы. Наконецъ есть еще одно анормальное рѣшеніе — относительно содержанія завѣщанія [1]), именно содержаніе это должно быть обсуждаемо по прежнему закону; это правило противно природѣ вещей, ибо содержаніе завѣщанія, въ моментъ составленія послѣдняго, не есть еще совершившійся фактъ.

С. Лица, къ которымъ примѣняется право.

§ 112.

Примѣненіе закона къ лицу опредѣляется:

1) территоріею, на которой дѣйствуетъ право и отношеніемъ къ ней самаго лица. Въ этихъ словахъ заключаются два правила: a) Примѣненіе права ограничивается извѣстною территоріею; областью примѣненія закона представляются для общаго права (gemeines Recht) — вся Германія, для земскаго права (Landesrecht) — извѣстная страна (Land), для прочихъ мѣстныхъ правъ—провинція, край, мѣстечко. b) Право распространяется на всѣхъ лицъ, состоящихъ въ извѣстныхъ юридическихъ отношеніяхъ на данной территоріи; причемъ нѣтъ необходимости въ томъ, чтобы лицо имѣло на территоріи постоянное domicilium, а достаточно простаго мѣстопребыванія, т. е. распространяется на туземцевъ и иностранцевъ. Этотъ принципъ, называемый *принципомъ территоріальности*—въ настоящее время является господствующимъ. Въ средніе вѣка этотъ принципъ замѣнялся личнымъ. Принадлежность къ подданнымъ извѣстнаго государства, или въ частныхъ правахъ—происхожденіе, принадлежность къ извѣстной національности подчиняло себѣ также и гражданскія права, безъ различія мѣстопребыванія лица.

2) Примѣненіе нѣкоторыхъ законовъ, въ видѣ исключенія, опредѣляется личными качествами, благодаря которымъ лицо принадлежитъ къ извѣстному кругу лицъ, для котораго исключительно назначено право — jus speciale, напр. для дворянъ, женщинъ, купцовъ.

3) Гражданское право, если только оно не относится къ области jus speciale, примѣняется ко всѣмъ частнымъ лицамъ вообще, даже и къ представителю верховной власти (Regent), насколько онъ состоитъ въ имущественно-гражданскихъ отно-

---

[1]) Nov. 66. c. 1. § 4. 5.

шеніяхъ: имѣетъ собственность. вступаетъ въ обязательства и пр. Вопросъ этотъ разрѣшается такимъ образомъ во многихъ мѣстахъ кодекса Юстиніана. Повидимому этому противорѣчитъ L. 31. D. de leg. [1]). Но здѣсь юристъ имѣлъ въ виду диспенсацію главы государства отъ извѣстныхъ законовъ, предоставляемую посредствомъ lex de imperio. напр. свободу отъ lex Julia et Papia. Въ Юстиніановскомъ правѣ диспенсація должна относиться, конечно, не къ одному этому спеціальному закону, но къ другимъ гражданскимъ, карательнымъ законамъ подобнаго рода. Компиляторы, вѣроятно, кромѣ того имѣли цѣлью констатировать этимъ другія подобныя рѣшенія и представить ихъ, какъ особенно достойный актъ правосудія.

D. Примѣненіе правъ различныхъ территорій.

§ 113.

Принципъ территоріальности можетъ служить поводомъ къ различнымъ столкновеніямъ правъ нѣсколькихъ территорій. Слѣдующіе принципы могутъ придти въ коллизію: 1) право дѣйствуетъ внутри, а не внѣ извѣстной области; 2) лица, состоящія въ продолжительныхъ или временныхъ отношеніяхъ къ этой области, судятся по ея законамъ. Можетъ случиться, что оба эти принципа на практикѣ другъ друга исключаютъ. Лицо можетъ a) состоять по подсудности въ извѣстной области и потому судиться по праву мѣстнаго суда; этотъ случай совпадаетъ съ первымъ принципомъ. Но оно b) можетъ также имѣть domicilium въ другой странѣ; въ этомъ случаѣ есть уже коллизія, если права обѣихъ странъ различны, и кромѣ того c) имѣть мѣстопребываніе гдѣ-нибудь въ третьей странѣ; здѣсь будетъ коллизія права этой страны съ первыми двумя; d) въ четвертой странѣ лицо можетъ имѣть поземельную собственность; въ этомъ случаѣ возможна коллизія четырехъ правъ; e) въ пятой странѣ лицо могло заключить контрактъ, по которому оно является истцомъ. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ возможна коллизія пяти правъ: права области, гдѣ находится судебное мѣсто, права дѣйствующаго въ мѣстѣ—жительства лица, права, дѣйствующаго въ его мѣстопребываніи, права мѣстонахожденія поземельной собственности и права мѣстосовершенія

---

[1]) L. 31 D. de legib (1,3): Princeps legibus solutus est, Augusta autem licet legibus soluta non est, principes tamen eadem illi privilegia tribunnt, quae ipsi habent.

контракта. Обыкновенною въ прежнее время теоріею, съ которой необходимо познакомиться ради введенныхъ ею техническихъ выраженій [1]), была слѣдующая: 1) Права, касающіяся личности, обсуждаются по праву, дѣйствующему въ томъ мѣстѣ, гдѣ находится domicilium лица (statuta personalia); 2) вещныя права—по законамъ того мѣста, гдѣ вещь находится (statuta realia) и 3) всѣ прочія права обсуждаются по законамъ того мѣста, въ которомъ совершена сдѣлка, ихъ обосновывающая. Эта теорія не можетъ быть признана удовлетворительною какъ по неопредѣленности понятій, лежащихъ въ ея основаніи, такъ и потому, что она не обнимаетъ всѣхъ относящихся сюда случаевъ. Вехтеръ [1]) принимаетъ за основной принципъ предполагаемую волю законодателя; взглядъ этотъ также не ведетъ къ вѣрному разрѣшенію вопроса. Общій недостатокъ всѣхъ предшествовавшихъ теорій заключается въ томъ, что онѣ не различаютъ примѣненія права одного и того же государства отъ примѣненія права другихъ государствъ [2]).

Важнѣйшимъ принципомъ долженъ считаться указанный выше въ 1-й рубрикѣ: онъ есть непосредственное выраженіе принципа территоріальнаго примѣненія права. Отсюда слѣдуетъ правило, что всякій судъ долженъ примѣнять право своей области. Слѣдовательно, судья долженъ, при рѣшеніи подлежащихъ его разбирательству тяжбъ, примѣнять право своего, а не другихъ государствъ, не обращая вниманія на подданство тяжущихся. Это правило допускаетъ два исключенія:

---

[1]) Изъ Пандектъ.

[1]) Archiv fuer. civ. Praxis XXIV. 1841. стр. 230—311, XXV. 1842. стр. 1—60, 161—200, 361—419.

[2]) Этому различенію препятствуютъ слѣдующія основанія: 1) Вопросъ, изъ какого закона должно быть почерпнуто рѣшеніе дѣла, относится къ интерпретаціи законовъ; 2) поэтому надобно изслѣдовать дѣйствительно ли мѣстный государственный законъ опредѣляетъ исключительнымъ образомъ извѣстное юридическое отношеніе, и 3) такое изслѣдованіе, по общему правилу, приводитъ къ отрицательному результату, такъ какъ права различныхъ государствъ, въ силу современныхъ международныхъ отношеній стремятся, такъ сказать, слиться во едино. Губеръ, въ сочиненіи de conflictu legum (praelect. ad Pand. I. 3. §. 2), хотя и исходитъ отъ положеній, указанныхъ подъ 1 и 2 рубриками, но третьимъ принципомъ полагаетъ: rectores imperiorum id comiter agunt, ut jura cujusque populi intra terminos ejus exercita teneant ubique suam vim, изъ чего онъ заключаетъ quatenus nihil potestati aut juri alterius imperantis ejusque civium praejudicetur – quia, sicut leges alterius populi apud alium directe valere non possunt, ita commercio et usu gentium promiscuo nihil foret magis incommodum, quam si res certo jure validae, mox alibi diversitate juris infirmarentur. Основное положеніе, выраженное во 2-й рубрикѣ, и ограничиваемое авторомъ особенными мѣстными правами одного и того же государства, примѣнимо поэтому и между различными государствами. *Прим. изд.*

1) Если иностранецъ пріобрѣлъ какое-либо право по законамъ своего государства, прежде нежели къ нему могло быть примѣнено право страны, въ которой онъ избралъ мѣстопребываніе, то это право должно быть здѣсь признано уже какъ совершившійся фактъ. Иначе пришлось бы предположить, что иностранецъ до означеннаго момента избранія новаго мѣстопребыванія былъ безправнымъ, что въ наше время было бы абсурдомъ, напр. иностранецъ по праву своего государства сдѣлался собственникомъ какой-либо вещи, въ нашемъ государствѣ вещь вышла изъ его владѣнія; онъ виндицируетъ вещь и долженъ доказать, что пріобрѣлъ право собственности по праву своего государства (требуется ли по послѣднему праву для этого болѣе условій, нежели по найму, или менѣе—все равно). Но при этомъ необходимо предполагается, чтобы правомъ даннаго государства вообще признавалась законность той юридической власти надъ вещью, которую осуществляетъ иностранецъ; въ противномъ случаѣ судья не долженъ принимать иска. Еслибы, напр. плантаторъ изъ французской, или испанской колоніи, или же сѣверо-американецъ явился въ Германію съ негромъ рабомъ, то германскій судья не могъ бы защищать его право собственности на негра.

2) Форма юридической сдѣлки считается дѣйствительною, если она соотвѣтствуетъ праву мѣста ея совершенія, все-равно—былъ ли контрагентъ туземцемъ въ томъ мѣстѣ или нѣтъ: locus regit actum Но это правило относится только къ формѣ сдѣлокъ. При его примѣненіи возникнетъ вопросъ: какъ разсматривать сдѣлку, которая по праву мѣста-совершенія ея недѣйствительна, а по праву мѣста—нахожденія контрагента вполнѣ формальна? Она считается въ этомъ случаѣ законною, ибо нѣтъ необходимости совершать юридическую сдѣлку по мѣстному праву. Этотъ случай составляетъ положительное исключеніе, не основанное, подобно первому, на внутренней необходимости. Поэтому, въ случаяхъ, гдѣ этого не требуетъ справедливое охраненіе сдѣлки, должно держаться основнаго правила.

Напротивъ, если дѣло идетъ о различныхъ мѣстныхъ правахъ одного и того же государства, то нѣтъ необходимости строго держаться принципа обязательности для судьи права его области. Ибо существованіе въ государствѣ многихъ судовъ, а не одного для цѣлаго государства, есть только особая форма судоустройства не находящаяся ни въ какой связи съ различіемъ правъ (другое дѣло—спеціальные суды по нѣкоторымъ отраслямъ права, напр. по ленному, торговову праву). Это видно изъ того, что всѣ отдѣльные суды соединяются въ одномъ высшемъ, для котораго они служатъ только ступенями. Слѣ-

довательно здѣсь необходимо держаться другаго принципа, который слѣдуетъ искать въ основаніяхъ подчиненія лица извѣстному праву. Этихъ основаній четыре: мѣсто жительства (domicilium), мѣстопребываніе (Aufenthalt), поземельная собственность и совершеніе сдѣлки. Первая основа должна быть признана важнѣйшею: мѣстожительство совершенно и всецѣло подчиняетъ лицо извѣстному праву, а потому оно и должно имѣть рѣшительное значеніе.

Итакъ мы имѣемъ слѣдующее правило: юридическія отношенія лица должны обсуждаться по праву его мѣстожительства. Но можетъ встрѣтиться стеченіе нѣсколькихъ мѣстожительствъ, при томъ или

1) одновременно; при чемъ обсужденію подлежатъ: a) либо юридическія отношенія между многими лицами, имѣющими различныя мѣстожительства; здѣсь, въ случаѣ невозможности разрѣшить вопросъ по отношенію къ одному лицу иначе, чѣмъ по отношенію къ другимъ лицамъ, — юридическія отношенія обсуждаются по праву мѣстожительства обязаннаго лица; при преемствѣ по мѣстожительству авктора; b) либо отношенія одного и того же лица,—въ этомъ случаѣ примѣняется право того мѣстожительства, съ которымъ связано разсматриваемое юридическое отношеніе (таковъ напр. случай, когда купецъ имѣетъ два торговыхъ заведенія въ различныхъ городахъ).

2) Или послѣдовательно, напр. при перемѣнѣ мѣстожительства. Случай, когда лицо, достигшее совершеннолѣтія въ своемъ прежнемъ мѣстѣ жительства, попадаетъ въ провинцію, гдѣ требуется большій возрастъ, или на оборотъ,—долженъ быть разрѣшенъ точно такъ же какъ случай Конфликта двухъ законовъ, опредѣляющихъ различные сроки. Права пріобрѣтенныя уже не измѣняются; но право новаго мѣстожительства примѣняется, если фактъ, служащій основаніемъ юридическаго требованія хотя и начался въ первоначальномъ мѣстожительствѣ но еще не окончился; напр. право наслѣдованія супруговъ должно быть обсуждаемо по законамъ того мѣстожительства, въ которомъ бракъ прекратился, ибо право на наслѣдованіе пріобрѣтается только со смертью; уже возникшее jus dotale или общность имущества между супругами (не обусловленная особымъ контрактомъ), не измѣняются вслѣдствіе перемѣны мѣстожительства супруговъ, если только эти отношенія между ними уже установились, потому что они суть jura quaesita.

Исключенія изъ принципа мѣстожительства существуютъ

1) Для правъ на недвижимость, обсуждаемыхъ всегда по законамъ той мѣстности, гдѣ находится самая недвижимая собственность (statuta realia).

2) **Для юридическихъ сдѣлокъ — разрѣшаемыхъ по законамъ,** дѣйствующимъ на мѣстѣ совершенія сдѣлки, locus regit actum. Это правило имѣетъ безусловное и рѣшительное примѣненіе только по отношенію къ формѣ сдѣлокъ. Оно соблюдается и по отношенію къ содержанію сдѣлокъ но лишь въ томъ случаѣ, когда онѣ имѣютъ мѣстное значеніе, т. е. когда обязательство, составляющее предметъ сдѣлки, должно быть исполнено въ томъ же мѣстѣ, гдѣ совершена самая сдѣлка.

КНИГА IV.

ПРАВА НА СОБСТВЕННУЮ ЛИЧНОСТЬ.

ГЛАВА I.

ПРАВО ЛИЧНОСТИ.

I. Возникновеніе.

§ 114.

Личность, правоспособность, возможность имѣть права—какъ свойство субъэкта, служитъ условіемъ всякаго права. Личность проявляется въ пріобрѣтеніи правъ на внѣшніе предметы: кто признаетъ меня собетвенникомъ, тотъ признаетъ меня лицомъ. Но въ самомъ субъэктѣ, даже при его бездѣятельности, заключается право, власть быть лицомъ, право на собственную личность. Возможность имѣть права сама по себѣ есть уже нѣчто дѣйствительное, есть власть, даже прежде ея осуществленія въ другихъ правахъ. Это право личности можетъ быть признано только за человѣкомъ, ради котораго и существуютъ права. Юридическія лица суть только фикціи, придуманныя съ цѣлью созданія субъэкта для извѣстныхъ правъ. Они существуютъ для правъ, а не права для нихъ. Юридическое лицо безъ дѣйствительнаго имущества для насъ не мыслимо; независимо отъ него оно не существуетъ, а потому и не имѣетъ самостоятельнаго права личности; поэтому, напр. честь юридическаго лица—не юридическое понятіе; обида (injuria) по отношенію къ нему не мыслима; она возможна только относительно его представителей.

Люди суть лица, а потому право личности является одновременно съ возникновеніемъ человѣческаго индивидуума [1]). Для этого требуется

1) Рожденіе. Личность начинается только съ появленіемъ извѣстнаго самостоятельнаго индивидуума. Находящійся въ утробѣ (in utero) есть часть матери. Только въ нѣкоторыхъ случаяхъ, когда это клонится къ выгодѣ младенца, допускается фикція его рожденія, если онъ уже зачатъ и уже существуетъ in rerum natura, однако всегда подъ условіемъ послѣдующаго дѣйствительнаго рожденія.

2) Рожденіе *живаго* существа. Въ случаѣ рожденія мертваго ребенка личности никогда не существовало.

3) Рожденіе *жизнеспособнаго* существа. Жизнеспособность (Vitalitaet)—есть такое тѣлесное развитіе и зрѣлость, при кокоторомъ возможно отдѣльное существованіе младенца отъ матери, хотя бы онъ тотъ же часъ послѣ рожденія умеръ отъ какой-либо другой причины. При рожденіи живаго ребенка—жизнеспособность всегда предполагается; утверждающій противное обязанъ доказать это. Жизнеспособность, какъ условіе личности, не всѣми признавалась необходимою для возникновенія лица. Недоразумѣніе произошло вслѣдствіе того, что два вопроса, сюда относящіеся, не были достаточно ясно разграничены; такъ, нѣкоторые прежніе юристы условіемъ жизнеспособности младенца поставляли рожденіе его на седьмой мѣсяцъ по заключеніи брака; эти два условія вполнѣ самостоятельны, такъ какъ оба основаны на внутренней необходимости. Незрѣлое дитя, въ случаѣ ранняго рожденія и неспособности къ самостоятельному существованію, есть еще простой зародышъ (embrio); рожденія, въ собственномъ смыслѣ слова, не произошло, а было только ненормальное отдѣленіе плода отъ матери, иначе слѣдовало бы считать рожденіемъ и выкидышъ на первомъ мѣсяцѣ беременности; такое неправильное рожденіе, выкидышъ (abortus), рав-

---

[1]) Это мнѣніе автора, хотя и представляется господствующимъ, должно быть однако признано невѣрнымъ и непослѣдовательнымъ (см. §. 22). Рожденіе есть возникновеніе человѣческой индивидуальности, свойства homo, pupillus и т. д.., а не личности—какъ средоточія права и имущества, которая скорѣе обусловливается понятіемъ status;—а потому на рожденіе обращается вниманіе въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ рожденному не достаетъ самой низшей степени личности, L. 9. §. 1. D. ad l. Falc. (35,2.): Circa ventrem ancillae partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur; тоже должно сказать и о filiusfamilias, L. 12. D. de lib. et post. (28,2.). Напротивъ личность, подъ непремѣннымъ условіемъ status'а, признается таковою еще до рожденія, L. 3. D. si pars (5,4.): Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent, L. 26. D. de statu hom (1,5). *Прим. изд.*

носильно по послѣдствіямъ съ рожденіемъ мертваго младенца [1]). L. 12. §. 1. D. de lib. et post. [2]) говоритъ не о жизнеспособности, но о поврежденіяхъ младенца при рожденіи.

4) Рожденіе *человѣческаго* существа. Уродъ, monstrum, не есть лицо [уродомъ не считается prodigium т. е. человѣческое существо, отличающееся не совсѣмъ правильной конструкціей] Въ римскомъ правѣ было предписаніе принимать въ расчетъ рожденіе и такихъ существъ—относительно выгодъ, которыя съ этимъ связывались для матери; предписаніе это не составляетъ исключенія изъ только что указаннаго принципа. Обыкновенно говорятъ, что рѣшительное значеніе въ случаѣ сомнѣнія должна имѣть голова, согласно L. 44. D. de relig. (11,7), такъ какъ голова есть главная часть человѣческаго тѣла-inde cognoscimur;—съ точки зрѣнія гражданскаго права едвали это практично; у истиннаго monstrum не можетъ быть и жизнеспособности.

II. Прекращеніе.

§ 115.

Единственнымъ способомъ прекращенія личности, по общему праву, считается физическая смерть [3]). Это право не знаетъ такъ называемой гражданской смерти [4]).

---

[1]) L. 2 C. eod.: uxoris abortu testamentum mariti non solvi, postumo vero praeterito, quamvis natus illico decesserit, non restitui ruptum, juris evidentissimi est. Изъ Пандектъ.

[2] L 12. §. 1. D. de lib. et post. (28,2): Quid tamen si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? et hoc tamen rumpit.

[3]) Смерть прекращаетъ человѣческое существованіе и этимъ разрушаетъ дѣеспособность, владѣніе, естественныя отношенія его и проч; напротивъ абстрактная личность—имущественное единство—такъ же мало можетъ быть разрушена естественнымъ событіемъ, какъ и наоборотъ естественное отношеніе можетъ быть прекращено гражданскою capitis deminutio, L. 8. D. de cap. min. (4,5). Только въ тѣхъ случаяхъ это имущественное единство, какъ напр. hereditas, не можетъ продолжать существовать, гдѣ не достаетъ status'а т. е. необходимаго условія личности; напр. у filiusfamilias, L. 20. §. 10. D. de H. P. (5,3), L. 18. pr. D. de stip. serv. (45,3.). Авторъ самъ въ другомъ мѣстѣ, § 47 и 447, такъ ясно выставляетъ личность въ hereditas, что его непослѣдовательность бросается въ этомъ мѣстѣ въ глаза еще болѣе, чѣмъ когда онъ говоритъ о рожденіи—§ 114. *Прим. ред.*

[4]) Ученіе о перемѣнѣ личности вслѣдствіе capitis deminutio устарѣло для нынѣшняго права, перемѣна эта не можетъ считаться гражданскою смертью, т. е. эпиціею физической смерти еще живущаго лица, ибо слѣдствіемъ физической смерти было бы наслѣдство, которое не имѣло мѣста при capitis

Смерть человѣка должна быть доказана тѣмъ лицомъ, которое основываетъ на ней свои требованія. Можетъ случиться, что ни жизнь, ни смерть не могутъ быть констатированы какимъ бы то ни было образомъ; это бываетъ въ случаяхъ такъ называемаго безвѣстнаго отсутствія (Verschollenheit). Оно естественно предполагаетъ отсутствіе, но не всякое отсутствіе есть безвѣстное. Практика ввела для признанія такого отсутствія судебное объявленіе о смерти, т. е. презумцію, которая однако должна быть выражена судебнымъ декретомъ; при этомъ возрастъ лица безвѣстно отсутствующаго долженъ быть болѣе 70 лѣтъ, или, при наступившемъ позднѣе безвѣстномъ отсутствіи, болѣе 80 лѣтъ; если безвѣстное отсутствіе лица началось уже послѣ достиженія имъ 80 лѣтняго возраста, то для признанія его умершимъ требуется истеченіе полныхъ 5 лѣтъ.

Опредѣленіе времени смерти можетъ имѣть очень важное значеніе и возбуждало многіе споры между учеными юристами [1]). Моментомъ предполагаемой смерти считали: 1) моментъ начала безвѣстнаго отсутствія (Пуфендорфъ и древнѣйшіе, указываемые имъ юристы-практики); 2) моментъ достиженія возраста, дающаго право объявить лицо умершимъ, (Глюкъ, Heise, Kropp и Савиньи, System II. § 73), и 3) моментъ судебнаго объявленія о смерти лица (Эйхгорнъ, Вангеровъ). Разрѣшеніе вопроса зависитъ отъ того, какое значеніе будетъ признано за декретомъ— конститутивное или декларативное. Въ первомъ случаѣ рѣшающимъ началомъ является время изданія декрета. Но мы не вправѣ, безъ внѣшнихъ основаній—безъ положительнаго закона,—придавать такое высшее значеніе декрету и слѣдовательно in dubio обязаны признать низшее значеніе его, т. е. декларативное. А потому рѣшать вопросъ должно или по началу безвѣстнаго отсутствія, или по времени достиженія установленнаго возраста. Но первое начало представляется только однимъ условіемъ, при томъ предварительнымъ. Презумція состоитъ въ томъ, что человѣкъ, находясь въ безвѣстномъ отсутствіи, не пережилъ извѣстнаго возраста, а потому слѣдуетъ признать, что вопросъ о времени смерти разрѣшается по времени достиженія установленнаго возраста [2]). Необходимо при этомъ замѣтить,

---

deminutio. Обратное этому положеніе находимъ и у Гая III §. 153. и въ L. 63. § 10. D. pro soc. (17,2), изъ которыхъ обыкновенно выводятъ представленіе гражданской смерти напр. Sheurl, Beitraege, § 237. *Прим. изд.*

[1]) Изъ Пандектъ.

[2]) Вызовъ посредствомъ эдикта (Edictalcitation), необходимый для признанія лица безвѣстно отсутствующимъ, имѣетъ двоякую цѣль: 1) замѣнить предполагаемое время смерти дѣйствительнымъ, 2) открыть ближайшихъ

что мѣстныя права, разрѣшая этотъ вопросъ, отличаются большими или меньшими отступленіями отъ общаго права, частью допуская болѣе раннее признаніе смерти лица, частью ограничивая послѣдствія такого признанія.

Фактъ смерти можетъ быть несомнѣнно извѣстенъ, но самое время смерти оставаться неизвѣстнымъ. При этомъ извѣстныя юридическія послѣдствія смерти могутъ зависѣть отъ того, въ какомъ отношеніи по времени смерть даннаго лица стоитъ къ другому событію, именно къ смерти другихъ лицъ, время которой можетъ быть извѣстно или неизвѣстно. Напр. въ случаѣ одновременной смерти отца и сына—при наслѣдствѣ со стороны матери, или же дарителя и одареннаго—при donatio mortis causa, donatio inter virum et uxorem.

Лицо, основывающее извѣстныя требованія на чьей-либо смерти, должно доказать моментъ самой смерти и поэтому, въ случаѣ если онъ не приведетъ надлежащаго доказательства, остается безъ удовлетворенія. Поэтому рѣшеніе вопроса о правахъ, обусловливаемыхъ смертью лица, будетъ зависѣть отъ обязанности представленія доказательствъ. При дареніи, которое завершается или упрочивается смертью дарителя, наслѣдникъ послѣдняго, требующій возвращенія дара, долженъ будетъ приводить доказательства, и въ случаѣ неуспѣшности даръ останется дѣйствительнымъ (Не то бываетъ при обѣщаніи подарить).

Если болѣе ранняя смерть одного изъ многихъ лицъ ставится условіемъ какого-нибудь завѣщательнаго распоряженія, фидеикоммисса, напр. si sine liberis decesserit heres или какой-либо substitutio pupillaris по отношенію къ тому изъ двухъ состоящихъ подъ опекою несовершеннолѣтнихъ, кто умретъ послѣднимъ, и всѣ эти лица погибнутъ отъ общаго несчастія, то условіе должно считать исполнившимся, согласно правилу, что если при завѣщательныхъ актахъ одно изъ назначенныхъ условій остается in ambiguo, то должно считать условіе исполненнымъ. Такая снисходительность не допускается только въ случаѣ коллизіи означенныхъ наслѣдственныхъ правъ съ правомъ, принадлежащимъ матери.

наслѣдниковъ. Если удастся и то и другое, то презумція должна уступить обнаруженной истинѣ. При неудачѣ дѣло останавливается на предположеніи, что безвѣстно отсутствующій не жилъ долѣе 70 лѣтъ, и если при этомъ нѣтъ доказательствъ болѣе ранней или болѣе поздней смерти его, то рѣшающимъ началомъ является возрастъ. Что безвѣстное отсутствіе, какъ простое предварительное предположеніе, не можетъ быть рѣшающимъ началомъ - это доказалъ Брунсъ примѣрами изъ старой практики. *Прим. изд.*

Сверхъ того, есть еще презумція, замѣняющая доказательство. Если родители и дѣти погибли отъ общей причины, то предполагается, что несовершеннолѣтнія дѣти умерли прежде родителей, а совершеннолѣтнія послѣ нихъ. Нѣкоторые ученые неосновательно настаивали на распространеніи этой презумціи.

III. Умеиьшеніе.

A. Status и capitis deminutio.

§ 116 [1])

Римское право ставитъ положеніе лица въ правѣ, отъ котораго зависитъ его личность. status hominum, jus personarum, въ зависимость отъ трехъ условій: 1) libertas, обусловливающую дѣленіе людей на свободныхъ и рабовъ, 2) civitas, подраздѣляющую свободныхъ людей на cives, latini et peregrini, и 3) familia, благодаря которому, граждане бываютъ или sui juris или alieno juri subjecti (in potestate, manu, mancipio). Изъ этихъ трехъ условій, второе (вмѣстѣ съ соотвѣтствующимъ ему подраздѣленіемъ) въ юстиніановскомъ правѣ вовсе утратило свое значеніе, а третье, вслѣдствіе уничтоженія manus и mancipium, ограничено настолько, что соотвѣтствующее ему раздѣленіе было сведено къ простому различію между patresfamilias и faliifamilias. Умаленіе правоспособности, заключающее въ себѣ измѣненіе status'a (prioris status permutatio), называется capitis deminutio и бываетъ трехъ родовъ: 1) maxima, когда лицемъ утрачивается свобода, а вмѣстѣ съ ней и остальныя два условія правоспособности, послѣдствіемъ чего является не простое умаленіе, но полное уничтоженіе личности, полная юридическая нуллификація человѣка; 2) media,—когда утрачивается право римскаго гражданства и вмѣстѣ съ тѣмъ третье условіе правоспособности, и наконецъ 3) minima,—когда измѣняются семейственныя отношенія и теряются права гражданскаго родства (Agnationsrechte). Все это ученіе, утратившее еще въ юстиніановскомъ правѣ свою внутреннюю связь и являющееся въ немъ отдѣльными отрывками и замѣтками, лишенными практическаго содержанія, тѣмъ болѣе устарѣло для новѣйшаго права. Примѣненіе же римской терминологіи о status и capitis deminutio къ юридическимъ отношеніямъ настоящаго времени могло бы имѣть своимъ единственнымъ послѣдствіемъ затемненіе того и другаго и неминуемую путаницу.

---

[1]) Изъ Пандектъ.

В. Степени личности по нынѣдѣйствующему праву.

§§ 117. [1])

Личность въ дѣйствующемъ гражданскомъ правѣ имѣетъ двоякое направленіе: 1) на всеобщія, не предполагающія особаго сословія (Stand) права; къ нимъ относятся всѣ права, основанныя на римскомъ правѣ, и 2) на сословныя права (Standesrechte), предполагающія принадлежность лица къ какому-либо сословію, имѣющему особую правовую сферу. Права перваго рода обусловливаются общею или гражданскою правоспособностью, являющеюся въ тоже время основою общей гражданской чести (§§ 119), права втораго рода—особенною или сословною правоспособностью, которой соотвѣтствуетъ и особая сословная честь; эта послѣдняя и права ею обусловливаемыя не входятъ въ область обыкновеннаго гражданскаго права. Общая же правоспособность содержитъ въ себѣ двѣ главныя ступени: 1) право *личности вообще*, которое не можетъ быть вполнѣ уничтожено никакимъ способомъ, кромѣ естественной смерти (§§ 115), но можетъ быть значительно уменьшено вслѣдствіе умаленія чести (§§ 119) и 2) право *самостоятельной личности*, которое можетъ быть уничтожено вслѣдствіе подчиненія субъекта его отеческой власти.

§ 118.

Еще въ нынѣдѣйствующемъ правѣ существуетъ гражданско-правовая власть одного лица надъ другими, имѣющая ограничивающее вліяніе на правоспособность подвластнаго лица, это отеческая власть, обусловливающая, какъ сказано выше, различіе между paterfamilias и filiusfamilias, — различіе двухъ ступеней права личности: права личности вообще и права самостоятельной личности. Послѣдней нѣтъ у filiusfamilias. Здѣсь мы укажемъ въ чемъ именно состоятъ ограниченія сына, находящагося подъ отеческою властью.

1) Ограниченіе это относится къ области гражданскаго права и потому не дѣйствуетъ непосредственно на право государственное, публичное. Таковъ смыслъ постановленій римскаго права [2]), которое въ основу разсматриваемаго семейственнаго

---

[1]) Изъ Пандектъ.
[2]) L. 9. D. de his qui sui vel alieni juris sunt (1,6). Срав. Прил. IX.

отношенія кладетъ только гражданско-правовое значеніе. Но семейство, безъ сомнѣнія, имѣетъ также и публичное, государственное значеніе, а потому нельзя не оправдать того вліянія, которое оказываетъ иногда это гражданско-правое ограниченіе на область государственнаго права. Семейство принадлежитъ къ основамъ государственнаго благосостоянія; справедливость требуетъ, чтобы то лицо, которое не достигло еще самостоятельности въ семействѣ, не было бы въ государственномъ отношеніи равноправно съ вполнѣ самостоятельнымъ гражданиномъ.

2) Ограниченіе это имѣетъ своею основою имущественно-правовое значеніе отеческой власти, поэтому оно не распространяется на чисто семейственныя права, каковы — бракъ, родительскій союзъ и родство.

3) Въ основѣ ограниченія лежитъ слѣдующій принципъ: сынъ пріобрѣтаетъ для отца, а самъ не способенъ имѣть самостоятельнаго имущества. Проще было опредѣленіе древнѣйшаго римскаго права, признававшее каждаго filiusfamilias прямо неспособнымъ имѣть имущество. По новѣйшему праву filiusfamilias способенъ обладать имущественными правами, но неспособенъ распоряжать ими: права эти изъяты изъ его самостоятельнаго распоряженія—вслѣдствіе власти отца распоряжать и пользоваться ими. Это ограниченіе имѣло своимъ результатомъ то, что по отношенію къ подвластному сыну сохранили свою силу всѣ тѣ ограниченія его правоспособности, которыя прежде существовали и которыя можно признать слѣдствіями новаго принципа, а это бываетъ въ большинствѣ случаевъ.

Изъ вышеуказаннаго принципа вытекаетъ невозможность сказать, что подвластный сынъ неспособенъ имѣть имущественныя права. Напротивъ, должно признать обратное правило, съ тѣмъ однако ограниченіемъ, что способность подвластнаго сына имѣть права парализуется тѣмъ, что недостатокъ самостоятельнаго имущества [1]) препятствуетъ ея осуществленію.

Укажемъ въ частности нѣкоторыя права подвластныхъ сыновей съ ихъ ограниченіями.

1) Сынъ, находящійся подъ властью, хотя и имѣетъ testamentifactio, но не можетъ самъ составить завѣщанія.

2) Filiusfamilias можетъ вступать въ обязательства посредствомъ договоровъ и преступленій, такъ какъ долги не

---

[1]) Авторъ безспорно разуѣѣетъ здѣсь недостатокъ самостоятельнаго права распоряженія, какъ онъ, по удостовѣренію Parbé'a cit. стр. 48, дѣйствительно выразился во время лекціи. Впрочемъ можно понять и употребленное здѣсь выраженіе, если сдѣлать особенное удареніе на словѣ „самостоятельное". *Прим. изд.*

предполагаютъ активнаго имущества, тѣмъ менѣе имущества самостоятельнаго. Особыми исключеніями изъ этого правила являются: a) S. C. Macedonianum. Исторія этого закона вѣроятно слѣдующая. Для того, чтобы сдѣлать кого-либо должникомъ по займу, необходимо было перенести на него право собственности. Слѣдовательно сыновья, находящіеся подъ отеческою властью, собственно не могли совершать займовъ. Такое ограниченіе показалось тягостнымъ и его устранили на томъ основаніи, что заемъ относится къ области jus gentium, а patria potestas къ jus civile. Но впослѣдствіи обнаружились пагубныя послѣдствія отмѣны означеннаго ограниченія, устранить которыя и должно было S. C. Macedonianum. b) Pollicitatio сына не дѣйствительно безъ согласія отца. Обязательство, возникающее изъ pollicitatio, есть совершенно исключительный институтъ, распространеніе котораго на сыновей, находящихся подъ властью, было бы неосновательно и несправедливо.

3) Подвластный сынъ можетъ явиться на судъ въ качествѣ отвѣтчика, поэтому къ нему можетъ быть предъявленъ искъ. Приведеніе рѣшенія въ исполненіе, конечно, предполагаетъ самостоятельное имущество. Во всякомъ случаѣ оно возможно по выходѣ его изъ подъ отеческой власти. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ за сына отвѣчаетъ отецъ. (См. § 277).

4) По древнему праву filiusfamilias могъ пріобрѣтать только въ качествѣ представителя отца; по новѣйшему же праву онъ пріобрѣтаетъ для себя (исключая пріобрѣтенія отъ отца), но отцу обыкновенно принадлежитъ право пользованія и управленія имуществомъ сына.

5) Истцомъ онъ можетъ явиться на судѣ въ качествѣ повѣреннаго (procurator). Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, именно когда отцу угрожаютъ значительные убытки, или дальнѣйшее и крайне пагубное нарушеніе его правъ, онъ, въ отсутствіе отца и безъ особаго порученія, допускается къ судоговоренію въ качествѣ его презумтивнаго представителя. Самъ отъ себя онъ не можетъ искать на судѣ потому, что по древнему праву онъ не имѣлъ активнаго имущества, иски же предполагаютъ имущественныя права; а по новѣйшему праву—оттого, что онъ не имѣетъ права управленія (Verwaltung), предъявленіе же иска есть актъ управленія.

Отсюда вытекаетъ исключеніе для исковъ, не имѣющихъ имущественнаго характера, каковы actio injuriarum и аналогическіе ему иски, напр. querela inofficiosi testamenti. Кромѣ того исключается еще искъ дочери, находящейся подъ властью (filiafamilias), о приданомъ, если отецъ самъ не можетъ или не хочетъ предъявить его. Далѣе исключаются actio depositi и

commodati, если filiusfamilias самъ отдалъ вещи въ поклажу или въ ссуду—покрайней мѣрѣ въ томъ случаѣ, когда въ сдѣлкахъ этого рода не были замѣшаны интересы отца. Въ этихъ случаяхъ сыну предоставлялись по древнѣйшему праву in factum actiones, потому что въ нихъ истецъ положительно не приписывалъ себѣ какого-либо права [1]). Въ юстиніановомъ правѣ такого рода постановленіе имѣло бы смыслъ въ томъ случаѣ, еслибы имъ выражалось, что всѣ иски, называемые in factum, могутъ быть вчинаемы сыномъ, находящимся подъ властью. Но это невозможно, а потому и самое названіе исковъ лишено въ новѣйшемъ правѣ всякаго значенія.

Изъятіе изъ общаго правила, сдѣланное для всеобщихъ исковъ, actiones populares, даже собственно не представляетъ исключенія, ибо въ нихъ filiusfamilias является истцомъ не отъ своего имени, а въ качествѣ представителя народа.

6) Сынъ не можетъ вступать съ отцомъ ни въ юридическія сдѣлки, ни въ тяжбу. См. § 438, гдѣ указано отступленіе отъ этого правила, обусловливаемое concessio peculii.

7) Если подвластный сынъ по какому-либо исключительному случаю имѣетъ самостоятельное имущество, то по отношенію къ нему онъ трактуется какъ полновластное лицо, слѣдовательно всѣ ограниченія его уничтожаются. Это бываетъ при bona castrensia vel quasi, отчасти и при иррегулярныхъ адвентиціяхъ (см. § 435, 437) [2]).

C. Умаленіе чести.

§ 119, 120.

Правоспособность не есть простое право; она—не одна только власть, заключающая въ себѣ произволъ осуществлять или не осуществлять ее; напротивъ, она скорѣе представляетъ собою обязанность для лица сохранять ее и настаивать на ея признаніи. Эта обязанность лежитъ на человѣкѣ, не какъ индивидуумѣ, но какъ на участникѣ въ юридическомъ общеніи, которое признаетъ за нимъ право личности и передъ которымъ онъ несетъ отвѣтственность за ея неприкосновенность. Съ этой стороны правоспособность называется *честью*, existimatio. Честь лица, какъ гражданина извѣстнаго государства, называется *об-*

---

[1]) L. 13. D. de O. et A, (44,7): In factum actiones etiam filiifamiliarum possunt exercere.

[2]) Толкованіе относящихся сюда мѣстъ см. въ приложеніи IX.

щею гражданскою честью, а какъ члена корпораціи или сословія—*сословною* честью (Standesehre). Исполненіе вышеуказанной обязанности всякаго лица заключается въ юридически неопороченномъ образѣ жизни (honeste vivere), оно доставляетъ лицу нравственное уваженіе въ глазахъ его согражданъ; уменьшеніе этого уваженія къ лицу, вслѣдствіе недостойнаго поведенія, уменьшаетъ его честь, а вмѣстѣ съ нею и правоспособность.

Умаленіе чести есть ограниченіе правоспособности, лишеніе чести—потеря правоспособности. Послѣдняя, по отношенію къ гражданской чести, невозможна по дѣйствующему германскому праву; напротивъ умаленіе чести есть институтъ германскій, возникшій частію изъ римскаго, частію же изъ туземнаго права.

Изъ вышесказаннаго слѣдуетъ, что понятіе чести, по происхожденію своему, относится къ государственному, а не гражданскому праву, такъ какъ связанная съ правоспособностью обязанность ея сохраненія, называемая честью, есть обязанность государственная, а не частно-гражданская. Поэтому съ гражданской ступенью правоспособности, съ правомъ на самостоятельную личность—не связано никакой чести, такъ какъ нѣтъ обязанности оставаться полновластнымъ отцомъ. Въ Римскомъ правѣ честь находилась въ связи съ политическою civitas, обусловливающею jus suffragii и jus honorum.

Но съ умаленіемъ чести было впослѣдствіи связано извѣстное вліяніе на гражданскія права, вслѣдствіе чего честь и сдѣлалась институтомъ гражданскаго права. Это обстоятельство имѣло своимъ результатомъ то, что и съ гражданскимъ положеніемъ лица соединено понятіе чести. Право на личность рождаетъ право на уваженіе, насколько это послѣднее можетъ представляться юридическимъ, т. е. выраженіе презрѣнія слѣдуетъ признавать за оскорбленіе личности. Изъ этого далѣе вытекаетъ, что заслуженное презрѣніе, презрѣнность (Veraechtlichkeit) самаго лица уменьшаетъ содержаніе его права на личность, слѣдовательно ограничиваетъ его гражданскую правоспособность. Отсюда [1]) вытекаютъ слѣдующія послѣдствія: 1) опозоренное лицо вообще отстраняется во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда при разрѣшеніи дѣла судья обязанъ принять во вниманіе его индивидуальность [2]), и 2) въ частности, отъ него не принимается ни famosa actio къ лицу неопороченному [3]), ни querela inoffi-

---

[1]) Изъ Пандектъ.

[2]) a) при свидѣтельствѣ, L. 3. pr. D. de testib. (22,5), Nov. 90. c. 1; b) при опекунскомъ управленіи, L. 17. §. 1. D. de test. tut. (26,2), и c) при разрѣшеніи состоянія владѣнія для interdictum de liberis exhibendis, L. 3. §. 4. 5. D. de lib. exh. (43,30).

[3]) L. 11. §. 1. D. de dolo (4,3).

ciosi testamenti противъ завѣщанія братьевъ и сестеръ его, но за то съ другой стороны querela противъ лица опозореннаго всегда возможна [1]). Впрочемъ такое умаленіе чести можетъ быть отмѣнено государемъ посредствомъ famae restitutio, дѣйствіе которой однако обусловливается уничтоженіемъ причины, возбудившей презрѣніе къ лицу.

Въ римскомъ правѣ встрѣчаются два вида ограниченія чести:

1) *Естественное*, являющееся слѣдствіемъ постыднаго дѣянія или такого положенія, вслѣдствіе котораго лицо, по нравственному приговору своихъ согражданъ, лишается безпорочности, становится недостойнымъ полнаго признанія его личности. Въ римскомъ правѣ это называлось nota, turpitudo. Levis nota употребляется для обозначенія лишь меньшей степени такого умаленія чести, а не какого-либо другаго вида безчестія (такъ назыв. infamia facti). Она встрѣчается также и въ нынѣ дѣйствующемъ правѣ.

2) Чисто *юридическое* умаленіе чести, въ силу опредѣленнаго предписанія закона, установляющаго его или ipso jure, или же при посредствѣ приговора — за извѣстныя дѣянія или состоянія; это есть infamia (juris) [2]). Вслѣдствіе этой infamia честь лица можетъ быть или вовсе уничтожена (consumitur existimatio), когда гражданинъ вслѣдствіе приговора подвергается capitis deminutio maxima или media, или только умалена (minuitur existimatio); это послѣднее, основанное на спеціальномъ законѣ, умаленіе чести и называется infamia. Она является послѣдствіемъ 1) осужденія въ judicium publicum, каково бы ни было преступленіе, подавшее поводъ къ суду и какое бы наказаніе назначено ни было, если однако приговоръ не имѣлъ своимъ послѣдствіемъ consumtio existimationis; 2) осужденія за crimen extraordinarium, если только это преступленіе такого рода, что оно и при гражданскомъ искѣ (см. п. 3) повело бы къ infamia; 3) осужденія за нѣкоторыя гражданскія преступленія, каковы воровство, грабежъ, injuria, обманъ, sepulcri violatio; 4) осужденія вслѣдствіе actio directa по договорамъ societas, опеки, mandatum (здѣсь, впрочемъ, и вслѣдствіе actio contraria) и depositum (называемыхъ поэтому contractus famosi); 5) судебнаго декрета, отстраняющаго опекуна вслѣдствіе dolus,—приговора уличающаго лихоимца, и missionis ignominiosae солдата; 6) извѣстныхъ проступковъ и безнравственныхъ дѣйствій, безъ особаго приговора или декрета:—не-

---

[1]) L. 11. 19. 27. c. de inoff. test. (3,28).
[2]) Изъ Пандектъ.

соблюденія траурнаго года, двойнаго обрученія, двоебрачія, доказаннаго прелюбодѣянія жены, нарушенія закрѣпленнаго клятвою договора или акта отпущенія, брака опекуна или сына его съ опекаемою, заключеннаго до полнаго устраненія возможности исковъ по опекѣ и пр. и пр.; 7) нѣкоторыхъ занятій, напр. актеровъ, гладіаторовъ, публичныхъ женщинъ и лицъ, промышляющихъ ихъ развратомъ. Infamia есть вообще нѣчто длящееся, но она можетъ быть устранена посредствомъ in integrum restitutio противъ того приговора, результатомъ котораго она явилась. Возможно, какъ мы сказали, restitutio famae государемъ [1]). Въ современномъ правѣ встрѣчается такая же infamia, но это не римская, хотя къ ней часто и примѣняются основныя начала послѣдней. Римская же infamia — институтъ устарѣвшій. Желающихъ познакомиться съ нѣмецкой infamia я отсылаю къ нѣмецкому праву [2]).

Многіе признаютъ три вида умаленія чести: infamia (juris), 2) infamia facti или turpitudo, 3) levis notae macula или levis nota. Старые ученые понимали подъ третьимъ терминомъ то же, что разумѣется въ германскомъ правѣ подъ словомъ Anruechtigkeit (пятно вслѣдствіе незаконнаго рожденія и нѣкоторыхъ ремеслъ). Позднѣе утверждали, будто бы этотъ третій родъ уменьшенія чести существовалъ и въ римскомъ правѣ, однако не могли дать о немъ яснаго понятія. И дѣйствительно нѣтъ такой levis nota, которая бы качественно отличалась отъ turpitudo.

D. Охраненіе права личности.

§ 121 [3]).

Нарушеніе права личности, вызывающее его охраненіе, можетъ 1) заключать въ себѣ оспариваніе самаго права; въ этомъ случаѣ дается искъ, непосредственно вытекающій изъ нарушенія, имѣющій цѣлью возстановленіе права отъ нарушенія, т. е. признаніе права судьею и устраненіе нападенія на него. Для этой цѣли не нужно особой condemnatio, но достаточно судей-

---

[1]) Другое послѣдствіе имѣетъ помилованіе: оно только избавляетъ отъ понесенія наказанія, вполнѣ независимаго отъ infamia, L. 3. C. de generali abolit. (9,43) Изъ Пандектъ.

[2]) См. Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht (5 изд. 1835 г.) § 83 - 90, Gerber, System des deutschen Privatrechts (4 изд. 1853 г.) § 39—42. *Прим. изд.*

[3]) Изъ Пандектъ.

скаго рѣшенія, признающаго право за истцомъ (actio prajudicialis de statu). Подобный искъ предполагаетъ юридическую возможность оспариванія, которая по дѣйствующему праву исключена относительно общей правоспособности тѣмъ закономъ, что всѣ люди суть лица. Только право на самостоятельную личность можетъ быть оспорено съ нѣкоторымъ оттѣнкомъ справедливости и потому можетъ быть непосредственно осуществляемо искомъ, называемымъ actio de patria potestate negativa; 2) оскорбленіе личности, не заключающее въ себѣ оспариванія ея, то-есть delictum. Obligationes ex delictis представляютъ собой посредственный способъ охраненіе права личности.

ГЛАВА II.

ПРАВО ВЛАДѢНІЯ.

1. Понятіе и юридическая природа владѣнія.

§ 122.

Лицо начинаетъ свою дѣятельность подчиненіемъ внѣшнихъ предметовъ своему владычеству. Изъ такого рода подчиненій и состоятъ всѣ права, кромѣ права личности.

Между внѣшними предметами есть одинъ предметъ, который прежде всего представляется лицу объэктомъ власти потому, что онъ по отношенію къ нему является внѣшнимъ, существующимъ независимо отъ него, и кромѣ того имѣетъ своимъ назначеніемъ вполнѣ подчиняться владычеству человѣка болѣе всякаго другаго предмета; этотъ предметъ—вещь (res).

Итакъ вещь есть первый предметъ, подчиненіемъ котораго начинается дѣятельность лица, поэтому оно и слѣдуетъ въ системѣ гражданскаго права непосредственно за правомъ личности.

Но это подчиненіе мыслимо двоякимъ. Первый видъ его есть *фактическое*, *физическое*, *естественное* подчиненіе, фактическая власть надъ вещью,—такое состояніе, при которомъ физически возможно полнѣйшее воздѣйствіе на вещь. Это есть *владѣніе*. Второй видъ есть признаваемая *правомъ собственности* власть надъ вещью, господство надъ нею пріобрѣтаемое такимъ образомъ, что общая воля—право—признаетъ вещь принадлежащею извѣстному лицу. При владѣніи имѣетъ мѣсто естественное воззрѣніе, въ собственности же—юридическое: лицо владычествуетъ надъ вещью. Владѣніе есть полнѣйшее естественное подчиненіе, право собственности—полнѣйшее юридическое подчиненіе вещи лицу. Слѣдовательно отношеніе между владѣніемъ и правомъ собственности такое же, какъ между фактомъ и правомъ; владѣніе можно назвать осуществленіемъ права собственности; оно есть фактическое состояніе, соотвѣтствующее праву собственности, какъ отношенію юридическому.

Оба понятія мыслятся слитыми или раздѣльными.

1) Владѣніе и право собственности соединены въ одномъ и томъ же лицѣ Въ этомъ случаѣ о владѣніи, какъ объ особомъ

отношеніи, юридически не можетъ быть и рѣчи; юридическимъ элементомъ выступаетъ здѣсь право собственности. Мы предполагаемъ именно, что право собственности не только существуетъ, но что оно вполнѣ достовѣрно доказано и неоспоримо.

2) Право собственности можетъ впрочемъ существовать и помимо владѣнія. Я удерживаю юридическое господство, хотя бы уже лишился фактическаго, я даже могу считаться собственникомъ вещи, никогда не бывши ея владѣльцемъ, напр. вслѣдствіе наслѣдованія, или отказа по завѣщанію и проч. Здѣсь владѣніе разсматривается, какъ нѣчто имѣющее быть пріобрѣтеннымъ собственникомъ вещи; чужое владѣніе считается нарушеніемъ права собственности; собственникъ можетъ виндицировать свою вещь для того, чтобы возвратить себѣ владѣніе ею.

3) Владѣніе также можетъ существовать помимо права собственности; владѣлецъ не есть собственникъ; другими словами, его право собственности не признано, или оспаривается. Такое отдѣльное существованіе владѣнія отъ права собственности, есть прежде всего естественная возможность: мы должны признать владѣніе, даже помимо его соединенія съ правомъ собственности, какъ естественное состояніе. Если мы на этомъ остановимся, то съ юридической точки зрѣнія придется сказать, что владѣніе есть неправда, нарушеніе права собственности; этой квалификаціи владѣнія можно будетъ избѣгнуть только допущеніемъ того соображенія, что оно пріобрѣтено съ дозволенія собственника. Но тогда отдѣльность его отъ права собственности есть только кажущаяся; напротивъ, владѣлецъ въ этомъ случаѣ признаетъ даже зависимость своего владѣнія отъ права собственности лица: онъ самъ владѣетъ вслѣдствіе права собственности, но только не своего, а чужаго. Въ данномъ случаѣ владѣніе не имѣло бы самостоятельности по отношенію къ праву собственности. Дѣйствительное отдѣленіе и независимость владѣнія отъ права собственности, еслибы только о немъ шла рѣчь какъ объ естественной возможности, всегда слѣдовало бы признать за неправду.

Но бытіе владѣнія помимо права собственности и независимо отъ него есть въ тоже время и возможность юридическая, т. е. владѣніе вещью безъ права собственности на нее и самостоятельное по отношенію къ этому праву (слѣдовательно независимое отъ согласія собственника вещи) есть юридическое состояніе, самый фактъ есть право—*право владѣнія*, заключающееся въ естественномъ подчиненіи вещи и такимъ образомъ занимающее мѣсто между правомъ личности и юридическимъ владычествомъ надъ вещью.

Какъ же объясняется это кажущееся противорѣчіе, что фактъ есть право? Неразвитому уму кажется совершенно неестественнымъ, что напр. воръ долженъ имѣть извѣстное право на украденную имъ вещь потому только, что онъ владѣлецъ ея. Многіе пытались разрѣшить этотъ вопросъ, особенно съ тѣхъ поръ, какъ подробная теорія владѣнія такъ точно и ясно изложена и установлена въ сочиненіи Савиньи das Recht des Besitzes.

Иные понимали выраженіе: „фактъ есть право" такъ: естественное подчиненіе есть правовое, т. е. оно есть право собственности, но только неполное или временное (provisorisch) Такимъ объясненіемъ въ сущности вовсе отрицается, а не уясняется понятіе владѣнія, такъ какъ утрачивается понятіе естественнаго подчиненія вещи лицу. Руководствуясь имъ, было бы абсурдомъ признать вора владѣльцемъ.—Другіе думали достигнуть цѣли, обозначая владѣніе двусмысленнымъ выраженіемъ: начинающееся, образующееся право собственности; они хотѣли этимъ сказать, что владѣніе лежитъ на пути къ праву собственности; но, по нашему мнѣнію, недостаточно ставить вопросъ: куда? а необходимо спросить: откуда? и въ отвѣтъ на этотъ вопросъ слѣдуетъ искать разумнаго объясненія.

Иные въ какомъ-то отчаяніи совсѣмъ отрицали положеніе „фактъ есть право", утверждая, что владѣніе не есть право, хотя вмѣстѣ съ тѣмъ признавали, что нарушеніе владѣнія есть правонарушеніе. Справедливо здѣсь только то, что владѣніе само по себѣ не имѣетъ свойствъ права, а должно заимствовать ихъ у какого-либо другаго права, подъ охраненіе котораго оно и поставляется.

Правомъ, отъ котораго владѣніе получаетъ свой юридическій характеръ, не можетъ быть право собственности потому, что, какъ сказано выше, владѣніе должно быть по отношенію къ нему вполнѣ самостоятельно; напротивъ права собственности, оно съ точки зрѣнія скорѣе является неправдою. Слѣдовательно, для того, чтобы найти юридическую основу владѣнія, мы должны по возможности держаться вдали отъ права собственности. Кромѣ того мы, ища основанія владѣнія, должны идти не впередъ, а назадъ.

Признаніе факта владѣнія правомъ основывается на томъ юридическомъ содержаніи, которое сообщается личностью владѣльца простому естественному подчиненію вещи. Эта личность требуетъ, чтобы владѣніе было охраняемо до тѣхъ поръ, пока не будетъ доказано чье-либо право на вещь. Кто осуществляетъ право владѣнія, тотъ осуществляетъ именно это прикрытіе естественной власти личностью. Онъ этимъ требу-

етъ, чтобы его воля была признана волею лица (онъ хочетъ имѣть свою волю); воля имѣетъ себя самое своимъ предметомъ: право владѣнія есть право на собственную личность. Оно есть право личности въ его примѣненіи къ естественному подчиненію вещей. Во владѣніи охраняется субъективная возможность права.

Этимъ совершенно уясняется дѣло; теперь уже не можетъ казаться страннымъ то обстоятельство, что мы даемъ право на защиту владѣнія даже вору (а тѣмъ охраняемъ его противъ другихъ), такъ какъ воръ не лишился своей личности. Этимъ далѣе объясняется то, что охраненіе владѣнія постоянно имѣетъ временный характеръ: владѣлецъ уступаетъ лицу управомоченному, какъ скоро начнется споръ о правѣ на вещь; наконецъ объясняется и то, что только владѣніе съ animus domini производитъ такое дѣйствіе (см. слѣд. §) Этимъ опровергается также и то мнѣніе, будто охраненіе владѣнія основывается на произвольномъ положеніи, что самоуправство не должно быть допускаемо, или что нарушеніе владѣнія есть насиліе, слѣдовательно преступленіе напр Саввиньи), такъ какъ во первыхъ послѣднее положеніе совершенно не правильно, а во вторыхъ изъ него слѣдовало бы заключить, что и владѣніе безъ animus domini должно быть охраняемо.

Систематическое соотношеніе владѣнія къ праву собственности можетъ быть выражено еще слѣдующимъ образомъ. Владѣніе есть подчиненіе вещи, находящееся еще подъ охраною, или какъ бы подъ властью права личности; подчиненіе же вещи, освободившееся отъ этой охраны и вполнѣ самостоятельное, есть уже право собственности [1]).

---

[1]) Въ видѣ объясненія охраненія владѣнія видны послѣдствія указанной въ примѣчаніи къ § 16 системѣ ошибки, слѣдствіемъ которой при установленіи понятія о „правѣ на собственную личность Recht an der eigenen Person". Личность, въ смыслѣ политической свободы есть безусловно (государственное) право, нарушеніе ея есть правонарушеніе, охраненіе ея такое же, какъ и охраненіе другихъ правъ (§ 121). Личность же, въ смыслѣ свободы воли, примѣненія владѣнія, animus согласно юридическому понятію, выраженному въ § 30 „право лица есть юридическая, т. е. закономъ или общей волей признанная власть надъ предметомъ", которое авторъ здѣсь принимаетъ въ жертву своей системѣ), личность въ этомъ смыслѣ не можетъ быть правомъ, нарушеніе владѣнія не можетъ быть правонарушеніемъ; въ противномъ случаѣ пришлось бы охранять и незаконное владѣніе противъ притязаній со стороны первоначальнаго владѣльца. Правильное основаніе охраненія владѣнія состоитъ въ слѣдующемъ: юридическій порядокъ заключается въ подчиненіи личной воли — волѣ общей, но только общей (закону), а не какой либо другой личной волѣ. Слѣдовательно нарушеніе воли одного лица со стороны воли другого есть насиліе (necessitas imposita contraria vo-

Двойственный характеръ владѣнія, состоящій въ томъ, что оно, будучи чѣмъ то фактическимъ, есть въ тоже время право, не остался безъ вліянія на теорію владѣнія, основныя принципы которой иногда видоизмѣняются. Эти видоизмѣненія могутъ быть распространительными: владѣніе признается тамъ, гдѣ фактически его нѣтъ, или—ограничительными: владѣніе не признается даже тогда, когда оно *фактически* существуетъ.

Отъ права владѣнія слѣдуетъ отличать право владѣть, имѣть владѣніе—Recht zu besitzen (точно также, какъ отличается право собственности отъ права быть собственникомъ или сдѣлаться имъ). Послѣднее есть власть, коренящаяся на совершенно другомъ правѣ, независимая отъ дѣйствительнаго владѣнія: ее можетъ имѣть лицо, не признаваемое владѣльцемъ, а истинный владѣлецъ можетъ быть лишенъ ея. Въ первомъ случаѣ идетъ рѣчь о правѣ, связанномъ съ владѣніемъ, тогда какъ право владѣть есть право, самый предметъ котораго составляетъ владѣніе.

II. Виды владѣнія.

А. По его первоначальной природѣ.

§ 123.

Подраздѣленіе владѣнія на нѣсколько разныхъ видовъ основано частію на его естественныхъ свойствахъ (различія, обнаруживающіяся при взглядѣ на дѣло съ чисто естественной точки зрѣнія), части же носятъ экзотерическій характеръ, основываясь на привхожденіи юридическаго элемента къ чистому факту.

Владѣніе состоитъ изъ двухъ существенныхъ частей: corpus и animus. Всякое владѣніе предполагаетъ волю, направленную на вещь и на ея подчиненіе—animus possidendi. Эта воля становится владѣніемъ, какъ скоро къ ней привходитъ тѣлесное отношеніе лица къ вещи, которое есть такого рода осуществленіе этой воли, что она дѣйствительно оказываетъ извѣстное послѣдствіе, состоящее въ возможности любаго воздѣйствія на вещь. Этотъ corpus можетъ принимать разныя формы, напр: держаніе вещи въ рукѣ, сидѣніе, стояніе на вещи или около нея, запираніе вещи и т. д. Это различіе corpus'а обусловливаетъ разные виды владѣнія, потому что существеннымъ пред-

---

lantati, кот рое владѣлецъ можетъ устранить; такимъ образомъ владѣніе должно быть охраняемо не потому, что оно есть право, но *хотя оно и не* право. Ср. Bruns, Recht des Besitzes, 1848 г. стр. 18. *Грим изд.*).

ставляется здѣсь естественное подчиненіе, фактическое владычество надъ вещью, возникающее только при посредствѣ этихъ случайныхъ формъ, самое же владычество повсюду одно и то же. (Нерѣдко желали отнести сюда подраздѣленіе владѣнія на дѣйствительное и фиктивное; но фиктивное владѣніе, собственно говоря,—вовсе не владѣніе, а только признаніе извѣстныхъ послѣдствій владѣнія безъ наличности послѣдняго. Еще менѣе относится сюда дѣленіе владѣнія на естественное и символическое, ибо символическаго владѣнія вовсе нѣтъ).

Владѣніе, какъ мы сказали, невозможно безъ воли лица, animus, но воля эта можетъ быть болѣе или менѣе полная. Полная воля владѣнія есть воля, направленная на всю вещь, вполнѣ обхватывающая вещь, animus rem [1]) sibi habendi (sibi, а не alteri), animus domini, воля присвоить себѣ вещь и притомъ присвоить ее себѣ вполнѣ, воля въ этомъ отношеніи фактически вполнѣ сходная съ юридической волей, выражающейся въ правѣ собственности (здѣсь необходимъ не animus dominii, не воля, направленная на пріобрѣтеніе права собственности, но воля, направленная на полное фактическое присвоеніе вещи; еще менѣе необходима здѣсь opinio dominii).

Однако тѣлесное отношеніе лица къ вещи мыслимо и безъ этого полнаго animus, безъ воли обладать вещью вполнѣ для себя, мыслимо слѣдовательно съ волей владѣть ею съ частичною цѣлью (partieller Zweck). Эта воля не исключаетъ чужаго animus domini, чужаго владѣнія; она совмѣщается съ нимъ, она, какъ частичная воля, даже предполагаетъ его и можетъ быть обнаружена только при сопоставленіи ея съ полной волей. Владѣлецъ обладаетъ не всею вещью для себя, слѣдовательно онъ владѣетъ ею въ то же время и для другаго, онъ владѣетъ ею alieno nomine, онъ осуществляетъ чужое владѣніе.

Такимъ образомъ различіе animus'а даетъ начало двумъ различнымъ видамъ владѣнія: владѣніе съ animus domini и владѣніе безъ него. Первое есть собственно владѣніе, possessio, possidere, второе сходно съ нимъ только въ отношеніи corpus'а и называется naturalis possessio, corporaliter tenere, detentio, естественнымъ владѣніемъ Собственно владѣетъ не детенторъ

---

[1] Rem, а не только usum, fructus, possessionem pignoris jure, но rem не какъ право собственности, а какъ объектъ этого права. Несправедливо мнѣніе Бекинга Lehrbuch, § 123 прим. a, 9 и д.), будто послѣдніе имѣющіяся изъ права собственности, обширнѣе послѣдствій, вытекающихъ изъ владѣнія, на томъ основаніи, что простой владѣлецъ не способенъ къ отчужденію и т. п. Различіе заключается здѣсь не въ волѣ, но въ юридическомъ ея признаніи и въ вытекающихъ изъ него юридическихъ послѣдствіяхъ. *Прим. ред.*

вещи, у него—чужое владѣніе; таково значеніе выраженія in possessione esse; въ такомъ положеніи находятся напр. узуфруктуарій, арендаторъ, коммодатарій, депозитарій, мандатарій и т. д. [1]).

Только одно владѣніе съ animus sibi habendi или съ animus domini есть право, потому что только при этомъ владѣніи воля вполнѣ соотвѣтствуетъ тѣлесному отношенію и закрѣпляетъ его. Только такой владѣлецъ можетъ въ защиту факта владѣнія ссылаться на свою личность. Юридическое владѣніе по способу охраненія называется также *интердиктнымъ* владѣніемъ. Детентору вещи не дается охраны, какъ владѣльцу, такъ какъ онъ признаетъ чужое владѣніе, которому онъ подчиняется Различіе между означенными видами владѣнія можетъ быть выражено еще слѣдующимъ образомъ: corpus и animus бываютъ соединены въ одномъ и томъ же лицѣ, но могутъ также и существовать отдѣльно другъ отъ друга, когда corpus осуществляется другимъ лицомъ вмѣсто владѣльца; самъ владѣлецъ имѣетъ animus domini, ему же принадлежитъ и corpus, осуществляемый другимъ лицомъ, которое имѣетъ одинъ только corpus владѣнія, безъ соотвѣтствующаго ему animus'а, animus его—особый, признающій владѣніе перваго лица.

В. Вслѣдствіе юридическихъ видоизмѣненій.

I. Вліяніе causae possessionis.

§ 124.

Causa possessionis, юридическое основаніе, по которому лицо владѣетъ, поводъ и мотивъ animus'а, собственно говоря,—не должно было бы имѣть значенія для вопроса о владѣніи; въ виду естественнаго содержанія этого института, при обсужденіи послѣдняго важенъ, по общему правилу, только самый фактъ владѣнія [2]) Такимъ образомъ принятіе въ разсчетъ извѣстной causa possessionis при опредѣленіи послѣдствій владѣнія представляется юридической модификаціей Это бываетъ.

1) При владѣльческихъ интердиктахъ. Здѣсь также дѣйствуетъ правило, что causa possessionis не имѣетъ значенія. Но владѣніе, имѣющее одинъ изъ трехъ пороковъ, vitia possessio-

---

1) L. 18 pr. C. de adqn. vel. tamitt. poss. (41, 2).

2 L. 3. §. 5. D de adqu. poss. (41, 2) - in summa possessione non multum interest, juste quis an injuste possideat

nia, ничтожно по отношенію къ тому лицу, отъ котораго оно неправильнымъ образомъ пріобрѣтено. Эти vitia суть: насиліе (vi), тайный захватъ (clam), захватъ съ нарушеніемъ довѣрія (precario), такъ что различаютъ слѣдующія три вида possessio: violenta, clandestina и precaria. На этомъ основывается дѣленіе владѣнія на порочное (недобросовѣстное) и непорочное (добросовѣстное), injusta, justa possessio. Таковъ техническій и обыкновенный смыслъ этихъ выраженій [1]).

2) При usucapio. Владѣніе, продолжаясь въ теченіи извѣстнаго времени, можетъ повести къ праву собственности. Но такого послѣдствія не имѣетъ простой фактъ владѣнія, простое юридическое владѣніе. При всякой usucapio необходима bona fides, а при обыкновенной земской давности—необходимы: вещь, способная подчиниться usucapio, и justa causa, justus titulus, юридическое основаніе, способное повести къ праву собственности. Слѣдовательно, въ данномъ случаѣ имѣетъ вліяніе самая causa, которая и обозначается здѣсь предлогомъ „pro“: possessio pro emtore, donato, herede, legato, suo. Такое владѣніе, направленное къ обыкновенной земской давности, называется давностнымъ, possessio ad usucapionem. Usucapionsbesitz (также bonae fidei possessio; впрочемъ это выраженіе имѣетъ еще болѣе общее значеніе). Оно отличается отъ простаго юридическаго владѣнія упомянутыми приходящими юридическими элементами; всякое владѣніе ad usucapionem есть юридическое, но не всякое юридическое владѣніе есть possessio ad usucapionem. Оно носитъ означенное названіе по своимъ послѣдствіямъ, въ которыхъ заключается его преимущество передъ простымъ юридическимъ владѣніемъ; но оно называется еще и civilis possessio, въ противоположность possessio ad interdicta naturalis; такое значеніе прилагательнаго civilis вполнѣ согласно съ обыкновеннымъ употребленіемъ его въ римскомъ правѣ, напр. obligatio civilis, adquisitio civilis, что подтверждается нѣкоторыми римскими законоположеніями [2]). Отъ безошибочнаго пониманія этихъ выраженій зависитъ вполнѣ правильное развитіе теоріи владѣнія на основаніи положительнаго права. Савиньи принадлежитъ заслуга полнаго разъясненія термино-

---

[1]) Въ L. 13. §. 1. D. de publ. act. (6. 2), L. 7. § 4. D. comm. div. (10. 3) precaria possessio относится къ justae possessiones; впрочемъ этотъ послѣдній терминъ понимается въ обширномъ смыслѣ всякаго непрерываемаго владѣнія. Изъ Пуна кт.

[2]) Напр. L. 1. §. 9. 10. D. de vi (43. 16), L. 1. § 2. D. pro don. (41. 6). Экзегетическое толкованіе какъ этихъ, такъ и другихъ, относящихся сюда законовъ см. прил. X.

логіи владѣнія. До него признавали, что терминомъ civilis possessio обозначается юридическое владѣніе, выраженіемъ же naturalis possessio—простое держаніе вещи (detentio).

Крайне прискорбно было видѣть, какъ цѣлый рядъ нѣмецкихъ юристовъ [1]) старались вполнѣ или отчасти поддержать старое заблужденіе; мы думаемъ, что если бы указываемое ими значеніе вышеозначенныхъ терминовъ было истиннымъ, то Римлянъ пришлось бы упрекнуть въ произвольномъ отступленіи отъ ихъ обыкновеннаго языка [2]). По мнѣнію нѣкоторыхъ юристовъ въ L. 3. §. 15. D ad exhib. (10,4) идетъ рѣчь вовсе не о владѣніи ad usucapionem, не имѣющемъ никакого значенія для actio ad exhibendum; но здѣсь подъ именемъ civilis possessio разумѣется владѣніе съ animus domini, а подъ именемъ naturalis possessio — производное владѣніе, вообще владѣніе безъ animus domini. Такое мнѣніе ложно. Въ L. 7. §. 3 D. ad exhib. (10,4) даже сказано, что къ юридическимъ лицамъ можетъ быть предъявлена actio ad exhibendum, ибо они могутъ владѣть вещами и узуканировать. Отсюда слѣдуетъ, что владѣніе ad usucapionem должно имѣть нѣкоторое значеніе и для actio ad exhibendum. Мысль здѣсь такова: этотъ искъ, также какъ и rei vindicatio, подготовляющая его, весьма часто будетъ употребляемъ съ цѣлью предупредить usucapio. Однако въ L. 3. cit. сказано, что, хотя этотъ искъ часто имѣетъ упомянутую цѣль, но отвѣтчикомъ по немъ можетъ явиться не только владѣлецъ ad usucapionem (civilis possessor), но и всякій другой владѣлецъ, не имѣющій civilis possessio (naturalis possessor). Примѣромъ этого служитъ лицо, принимающее въ закладъ движимое имущество, такъ какъ это лицо ни въ какомъ случаѣ не бываетъ владѣльцемъ ad usucapionem.

Въ L. 2. §. 1. pro her. [3]) civilis possessio противополагается naturalis possessio и изъ всѣхъ видовъ послѣдней обращается особое вниманіе только на detentio. Изъ этого нѣкоторые ученые стремятся вывести, что интердиктное владѣніе должно быть отнесено къ civilis possessio. Этотъ выводъ могъ бы

---

[1]) Въ послѣднее время защитникомъ этого ложнаго мнѣнія были — Тибо, Бурхардъ и наконецъ Вингеръ, Lei faden I, стр. 268.

Изъ Пандектъ.

[2] L. 3. § 15. D. ad exhib. (10 4 : Sciendum est adversus possessorem hac actione agendum non solum eum, qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter incumbat possessione, denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet

[3] L. 2 §. 1. D. pro her 41.5 : Quod vulgo respondetur, causam possessionis nemini sibi mutare posse sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intelligatur.

служить подтвержденіемъ мнѣнія Вагнерова [1]), будто къ civilis possessio относится и владѣніе залогопринимателя. Но такой выводъ совсѣмъ не логиченъ. Изъ приведенной цитаты можно заключить только то, что юристъ вовсе не касается вопроса объ интердиктномъ владѣніи потому, что causa possessionis въ немъ не имѣетъ никакого значенія. Рѣчь идетъ о владѣніи съ извѣстною causa, интердиктное же владѣніе само по себѣ не имѣетъ такого свойства.

Causa possessionis представляется намъ чѣмъ-то объэктивнымъ, основывающимся не на одной лишь волѣ владѣльца: для одного и того же владѣнія можетъ быть нѣсколько causae, но существующая causa, по правилу созданному римскими юристами, не можетъ быть измѣняема односторонпимъ образомъ по произволу лица: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest. Это правило примѣняется:

1) при интердиктахъ, напр. vis. precarium;

2) при usucapio, въ тѣхъ именно случаяхъ, гдѣ causa неспособна къ такому измѣненію, напр. при владѣніи одареннаго супруга; въ особенности же при древней pro herede usucapio, которая имѣла то преимущество даже предъ обыкновенной usucapio, что давностное пріобрѣтеніе могло совершиться и безъ bona fides. Важное значеніе имѣетъ здѣсь то обстоятельство, что если кто-либо ужъ владѣлъ по одному основанію, напр. pro emtore, то эту causa нельзя было превратить въ другую. Савиньи [2]) ошибается, думая, что упомянутое правило о неизмѣняемости causa ограничивается однимъ только этимъ случаемъ. Юристы упоминаютъ его также и въ двухъ вышеприведенныхъ отношеніяхъ. Савиньи возразилъ противъ этого, что они только приводятъ случаи, въ которыхъ правило не примѣнимо. Но это происходитъ не потому, что правило относится лишь къ usucapio pro herede, а по другимъ основаніямъ, при которыхъ предполагается общая его примѣнимость.

Слѣдующіе случаи не могутъ быть подведены подъ разсматриваемое правило: 1) Измѣненіе, происходящее отъ новой юридической сдѣлки, прибавляющей какую-нибудь causa, напр. покупка лицомъ такой вещи, которая ему была прежде подарена, но дареніе оказалось недѣйствительнымъ. 2) Превращеніе владѣнія и новое завладѣніе. 3) Превращеніе естественнаго владѣнія въ юридическое, такъ какъ здѣсь не измѣняется causa possessionis, ибо прежде вовсе не было possessio. Сюда при-

---

1 Leitfaden томъ I. § 199.

2 Recht des Besitzes, 6 изд. 1837 г. §. 22

соединяются, впрочемъ только при одной usucapio pro herede, случаи detentio вещи, какъ особое исключеніе, основывающееся на свойствахъ этой usucapio.

2. Производное владѣніе.

§ 125.

Юридическимъ владѣніемъ представляется такое владѣніе, которое не совмѣстно съ чужимъ владѣніемъ. Оно есть владѣніе съ animus domini, rem sibi habendi, съ намѣреніемъ присвоенія вещи; съ естественной точки зрѣнія возможно только такое намѣреніе владѣльца. Вслѣдствіе юридическаго видоизмѣненія образовалось юридическое владѣніе съ исключительнымъ animus possidendi, который однако не можетъ быть обозначенъ какъ animus domini. На этомъ различіи animus'а основывается дѣленіе владѣнія на *первообразное* и *производное*; въ послѣднемъ заключается указанное искусственное видоизмѣненіе. Вотъ въ чемъ дѣло. Извѣстное лицо владѣетъ вещью съ частичною цѣлью (partieller Zweck) или ради охраненія чужихъ интересовъ,—sequestrum, или ради своихъ собственныхъ,—залогопринимaтель. Такое лицо, само по себѣ, было бы только детенторомъ. Но можетъ случиться, что для извѣстной цѣли будетъ признано необходимымъ, чтобы прежній владѣлецъ отказался отъ своего владѣнія и тѣмъ самымъ сдѣлалъ лицо, державшее вещь, юридическимъ владѣльцемъ. Это дѣлается иногда для большей безопасности залогопринимaтеля. При sequestrum этимъ имѣется въ виду прервать владѣніе и устранить тѣ права, которыя бы прежній владѣлецъ могъ извлечь изъ своего владѣнія.

Свойства этого вида юридическаго владѣнія не имѣютъ естественнаго основанія, а вытекаютъ изъ воли передатчика (Geber), изъ юридической сдѣлки, посредствомъ которой владѣніе переносится на другое лицо; благодаря этой сдѣлкѣ, владѣніе его становится юридическимъ. Поэтому названіе производнаго владѣнія, данное ему ученымъ Савиньи, представляется весьма удачнымъ. (Воля владѣльца направлена не на вещь, но на самое юридическое владѣніе, что предполагаетъ предшествовавшее владѣніе передатчика) [1]).

---

[1]) Это мѣсто записокъ профессора, заключенное въ скобки, должно вѣроятно быть опущено.—Принципъ производнаго владѣнія состоитъ, по мнѣнію нашему, въ перечнѣ юридическимъ владѣльцемъ владѣльческихъ правъ его другому лицу. Савиньи (cit. §. 9 прим. 2, § 23 прим. 1) отрицалъ это главнымъ образомъ на основаніи L. 10. D. de poss. (41,2), хотя онъ, не колеб-

Случаи производнаго владѣнія мною указаны выше (стр. 329); здѣсь слѣдуетъ замѣтить, что залогопринимательбываетъ юридическимъ владѣльцемъ всегда по общему правилу, sequester же,— по исключенію. Попытки нѣкоторыхъ юристовъ [1]) отыскать здѣсь animus domini не удалась. Она могла увѣнчаться успѣхомъ только при извращеніи самаго понятія его.

Я признаю съ другой стороны совершенно неправильнымъ то, что Савиньи допускаетъ еще два случая производнаго владѣнія: владѣніе эмфитевта и прекариста (первый постоянно бываетъ юридическимъ владѣльцемъ [2]), второй же— лишь въ большинствѣ случаевъ [3]). Это мнѣніе основывается на не вполнѣ правильномъ пониманіи animus domini (на принятіи его за animus dominii): будто ему противорѣчитъ признаніе чужаго права собственности; но мы думаемъ, что съanimus domini не совмѣщается только признаніе чужаго владѣнія, такъ какъ оно есть фактическое, а не юридическое присвоеніе; воля же прекариста направлена на полное фактическое присвоеніе, отмѣняемость его владѣнія такъ же мало препятствуетъ полнотѣ его до момента отмѣны, какъ мало мѣшаетъ вору боязнь его быть открытымъ и принужденнымъ возвратить похищенную вещь [4]). Такую же полноту имѣетъ воля эмфитевта; послѣдній имѣетъ даже такое полное юридическое господство надъ вещью, что оно отличается отъ права собственности только своимъ обязательственнымъ характеромъ и возможностью прекращенія [5]).

и съ допускаетъ передачу интерцитовъ даже при арендномъ договорѣ. Но передача владѣнія есть ничто иное, какъ случайная передача владѣльческихъ правъ; то, что эти права переходятъ не новому детентору, основывается на естественныхъ свойствахъ вещи и т. п. юридическихъ сдѣлокъ, а не на произвольномъ отрицаніи переходимости владѣнія. *Прим. изд.*

[1] Arndts Zeitschr. f. Civilr. und Procesz. и в. ст. III, 9. (1847). Brunn, Recht des Besitzes 1848 §. 2 Brinz, Pandect. I стр. 66. Ср. Rudorff. Zeitschrift f. gesch. Rechtswiss. XI 7. Itъ Пиженти.

[2]) Это противоречитъ мнѣнію L. 15. § 1. D. qui satisd. cog. (2,8), L. 5. §. 1. in fin. D. de usur. (22,1), но въ обѣихъ цитатахъ идетъ рѣчь не о владѣніи. *Прим. изд.*

[3] L. 10 §. 1., L. 13. §. 7. D. de poss. (41,2), L. 4 §. 1., L. 22. pr. D. de prec. (43,26). *Прим. изд.*

[4] Авторъ забываетъ, что воръ отрицаетъ чужое владѣніе, между тѣмъ какъ прекаристъ признаетъ его, выражая это признаніе въ самой просьбѣ о предоставленіи ему владѣнія. Въ противномъ случаѣ пришлось бы признать стремленіе къ полному фактическому присвоенію при насиліи и при наймѣ. *Прим. изд.*

[5] Авторъ здѣсь также идетъ единичнымъ палестъ, ибо это текстъ, по L. 71. § 5. в. D. de leg. I (30), L. 3 §. 4. D. de reb. cor. (27,9), L. 1. §. 26. L. 19. pr. D. de damno inf. (39,2), L. 1. C. de jure emphyt. 4,66. имѣетъ только jus in re aliena, исключающее собственное юридическое владѣніе.

III. Пріобрѣтеніе и прекращеніе владѣнія.

А. Возможность его.

§ 126 [1]).

Естественный фактъ владѣнія не измѣняется вслѣдствіе того, что онъ былъ возведенъ въ юридическое отношеніе, что является изъ вопроса о существованіи владѣнія (пріобрѣтеніи и потери его), отвѣтъ на который дается всегда на основаніи фактической природы владѣнія. Однако естественныя начала, по которымъ слѣдовало бы признать бытіе владѣнія во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда существуетъ фактическое владѣніе лица надъ вещью и намѣреніе владѣть, но не наоборотъ, — подвергаются въ нѣкоторыхъ случаяхъ модификаціи вслѣдствіе юридическаго характера, пріобрѣтеннаго владѣніемъ. Поэтому существуютъ не только фактическія препятствія къ владѣнію, но и препятствія юридическія, основанныя частію на его свойствѣ быть правомъ, частію же на произволѣ законодательной власти.

1. По отношенію къ лицамъ.

§ 127.

Фактъ владѣнія можетъ быть признанъ только у лицъ, способныхъ имѣть волю, точнѣе — у лицъ, способныхъ имѣть опредѣленную владѣльческую волю (намѣреніе владѣть); слѣдовательно, онъ не можетъ быть у юридическихъ лицъ, у сумасшедшихъ и у дѣтей [2]).

При всѣмъ томъ въ такомъ случаѣ производимаго владѣнія, истолкованіе то обстоятельство, что собственникъ вещи не только такъ бы выражаясь владѣлъ своимъ охотничьимъ своего владѣнія по праву собственности (Eigenthumsbesitz. Поэтому здѣсь слѣдуетъ, какъ къ Аристотелю (прим. 1), признать quasi possessio по аналогіи съ superficies, съ тѣмъ только различіемъ, что въ послѣднемъ — предметомъ этой quasi possessio бываетъ одно только зданіе.

Прим. изд.

1) Изъ Пандектъ.

2) Приобрѣтеніе Пербеа. cit. стр. 49. „ихъ неотступно владѣніе уже по одной лишь фактической природѣ его, но недоступно оно и съ юридической точки зрѣнія“ основано на ошибкѣ: владѣніе недоступно съ юридической точки зрѣнія не дѣтямъ и юридическимъ лицамъ, а тѣмъ, ниже упомянутымъ въ текстѣ остальнымъ лицамъ, неспособнымъ имѣть намѣреніе имѣть вещи на правѣ; тогда какъ напротивъ для дѣтей и юридическихъ лицъ пріобрѣтеніе владѣнія облегчается, см. рубрику 1. стр. 332. *Пр. м. изд.*

Право владѣнія можетъ быть признано только за тѣми лицами, которыя способны имѣть активныя имущественныя права. По древнему праву вовсе не могли владѣть сыновья, находящіеся подъ властью (filii familias): они могли пріобрѣтать владѣніе для отца или для лица посторонняго, но не для себя, хотя имъ было доступно detentio (такъ какъ для нихъ возможенъ самый фактъ владѣнія), такъ что подвластные сыновья могутъ владѣть только въ качествѣ представителей. По новѣйшему законодательству они имѣютъ право быть владѣльцами настолько же, насколько они могутъ быть собственниками, но не больше. Они не могутъ пріобрѣтать ни права собственности, ни какого бы то ни было юридическаго владѣнія ex re patris, почему и res peculiares они могутъ удерживать только именемъ отца.

Такимъ образомъ право прибавило одно такое ограниченіе, которое при естественной точкѣ зрѣнія не могло бы имѣть мѣста. Но съ другой стороны оно, при извѣстныхъ условіяхъ, устранило прежнія ограниченія и признало владѣніе въ такихъ случаяхъ, когда оно, съ естестественной точки зрѣнія, не могло бы существовать.

1) Право дало возможность пріобрѣтенія владѣнія лицамъ естественно неправоспособнымъ: a) посредствомъ допущенія такого представительства, которое прежде признаваемо не было, именно представительства sine animo пріобрѣтателя; такими представителями были чиновники—для юридическихъ лицъ, опекуны — для умалишенныхъ и дѣтей; b) путемъ признанія возможности восполненія неспособности дѣтей имѣть волю посредствомъ власти опекуна: право признало, что опекунъ своею auctoritas можетъ сдѣлать дѣйствительнымъ всякое завладѣніе, совершенное ребенкомъ, при чемъ, конечно, будетъ рѣчь о пріобрѣтеніи владѣнія ребенкомъ, а не опекуномъ. Кромѣ того здѣсь auctoritas опекуна лишена своего обыкновеннаго торжественнаго значенія, такъ какъ, по общему правилу, она упрочиваетъ естественно совершенныя дѣйствія, восполняя ихъ юридическіе, но отнюдь не естественные недостатки. Юридическое значеніе этой власти здѣсь не нужно, а потому ей должно быть придано значеніе естественное. Если за ребенкомъ нельзя признать твердаго эгоистическаго намѣренія (воли) владѣть, то слѣдуетъ допустить возникновеніе такой воли вслѣдствіе чужаго воздѣйствія, вслѣдствіе auctoritas въ естественномъ смыслѣ. Дойдя до этого, необходимо сдѣлать еще шагъ впередъ. Указанное послѣдствіе возникаетъ не только изъ воздѣйствія опекуна; поэтому, если такое же дѣйствіе на умъ ребенка производитъ auctoritas и вліяніе какого-либо третьяго, посторонняго лица, то необходимо допустить и въ этомъ случаѣ пріобрѣте-

ніе владѣнія ребенкомъ [1]). Съ Савиньи [2]) господствующимъ стало другое воззрѣніе: auctoritas tutoris предполагалась само собой. Для того, чтобы въ словѣ per tutorem (прим. 1) вложить молчаливое противоположеніе словамъ auctoritas tutoris, слѣдовало бы сдѣлать на нихъ сильное удареніе, тогда какъ очевидно удареніе должно быть на словѣ tutorem въ противоположность словамъ a quacunque persona [3]).

2) Право допустило возможность продолженія бытія владѣнія въ такихъ случаяхъ, когда уже самый фактъ владѣнія не могъ считаться существующимъ. Сюда относятся: a) установленіе особаго способа для прекращенія владѣнія, вслѣдствіе чего оно можетъ продолжаться даже и тогда, когда уже нѣтъ настоящей физической власти, или нѣтъ болѣе animus'a; напр. постановленіе, что сумасшествіе не прекращаетъ владѣнія; b) лицо, находящееся подъ опекой, не можетъ утратить владѣнія suo animo безъ auctoritas tutoris потому, что оно вообще безъ этой власти не можетъ прекращать ни одного изъ своихъ правъ.

---

[1]) L. 3. C. de adquir. et ret. poss. (7.32). Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim inter auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius videtur interim licet animi plenus non fuisset affectus, possessionem per traditionem esse quaeritam, alioquin (sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur) nec quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri. Слова corpore quaeritur могутъ означать: 1) animus здѣсь не имѣетъ, 2) corpus имѣть дитя, а не опекунъ. Объясненіе этого мѣста см. Puchta Rhein. Museum V, 3.

Изъ Пандектъ.

[2]) Recht des Besitzes стр. 291.

[3]) Ср. также прим. XI.—Аргументація автора противорѣчитъ то, что слова a quacunque persona 1) имѣютъ только объяснительное значеніе, 2) со единенно ни й смыслъ, чѣмъ приписываемый имъ профессоромъ, и употреблены въ связи съ другими словами: donatarum rerum a quacunque persona и означаютъ: sive ab excepta sive non excepta legis Cinciae persona. Fragm. vat. § 293; 3) какъ понимать воздѣйствіе третьяго лица на умъ ребенка? Всѣ эти возраженія касаются самой теоріи воздѣйствія Пухты и отнюдь не ея результатъ. Когда даритель или продавецъ передаетъ владѣніе вещью малолѣтнему, то онъ уже тѣмъ самымъ утратилъ свое право владѣнія, если затѣмъ допустить, что младенцу для пріобрѣтенія этого владѣнія необходимо дожидаться способности имѣть волю, то придется признать, что вещь въ этотъ промежутокъ времени не будетъ находиться ни въ чьемъ владѣніи, даже буде въ безхозяйной и все это вслѣдствіе простой недостаточности формы. Чтобы избѣжать этого, римскіе юристы предпочли принять въ подобномъ случаѣ пріобрѣтеніе владѣнія solo corpore: L. 1. §. 4. 20. D. de poss. (41,2), хотя они, re integra, до окончательнаго дѣленія совѣтуютъ совершить юридическій актъ чрезъ посредство раба малолѣтняго. L. 26. C. de don. (8,54). Основа аномаліи заключается въ усиливающемся въ настоящее время стремленіи облегчить пріобрѣтеніе владѣнія субъектами, неимѣющими воли, L. 2. D. de poss. (41,2), поэтому и не слѣдуетъ ограничивать ее, какъ это пытались недавно, однимъ случаемъ дѣленія. *Прим. изд.*).

Такимъ образомъ право сохраняетъ даже владѣніе, которое съ фактической точки зрѣнія давно прекратилось.

2. По отношенію къ предметамъ.

§ 128.

Фактъ владѣнія предполагаетъ такую вещь, по отношенію къ которой возможны тѣлесное (фактическое) отношеніе и animus. Поэтому изъ владѣнія изъяты безтѣлесныя вещи и, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, части вещей. Вопросъ о владѣніи частями вещи можетъ встрѣтиться при разсмотрѣніи владѣнія a) нѣсколькихъ лицъ: могутъ ли нѣсколько лицъ владѣть одною вещью pro diviso, и b) одного и того же лица: лицо, владѣющее цѣлою вещью, владѣетъ ли и частями ея? Основное правило здѣсь таково: только тѣ вещи, которыя имѣютъ отдѣльное существованіе, могутъ быть предметомъ особаго владѣнія, хотя простое физическое соединеніе вещей не всегда исключаетъ отдѣльное ихъ существованіе. Владѣніе составными частями вещи, напр. зданіями помимо земли, отдѣльными частями одного животнаго, рѣшительно невозможно: 1) владѣніе нѣсколькихъ лицъ одною вещью pro diviso не мыслимо; такъ если по отношенію къ почвѣ допустить традицію и положительно признать superficies, то субъектъ его все-таки сдѣлался бы владѣльцемъ цѣлой вещи; но при этомъ 2) лицо, владѣющее цѣлымъ, не владѣетъ раздѣльно частями (домомъ и землею отдѣльно).

Также несомнѣнно возможно и владѣніе частями одной universitas rerum (distantium) т. е. физически самостоятельными вещами, связь которыхъ только мысленная; но за то владѣніе возможно только по отношенію къ этимъ отдѣльнымъ вещамъ, но отнюдь не по отношенію къ самой universitas.

Сомнительнымъ представляется вопросъ о владѣніи физическими частями одной вещи, существенно между собою не связанными, напр. участками поля, разными строительными матеріалами дома, колесомъ отъ экипажа. Изъ всѣхъ относящихся сюда случаевъ одинъ долженъ быть признанъ безспорнымъ. Отдѣльное владѣніе вещью, составлявшею прежде часть другой, сложной вещи, — возможно послѣ окончательнаго отдѣленія ея. Въ земельныхъ участкахъ такое отдѣленіе совершается безъ уничтоженія физической связи между ними: отдѣленный участокъ трактуется какъ самостоятельное поле и владѣніе имъ возможно отдѣльно отъ владѣнія остальными участками. Такое отдѣльное владѣніе естественно предполагаетъ опредѣленность объекта:

участокъ не можетъ быть locus incertus. Совсѣмъ другое слѣдуетъ сказать о движимыхъ вещахъ: въ нихъ невозможно отдѣленіе составныхъ частей до тѣхъ поръ, пока существуетъ связь между ними.

Спорнымъ представляется здѣсь вопросъ о томъ, возможно ли отдѣльное владѣніе такими частями движимости при существованіи между ними связи.

1) Нѣсколько владѣльцевъ движимой вещи—pro diviso—немыслимы, такъ какъ невозможенъ самый corpus владѣнія, который будетъ принадлежать только лицу, владѣющему цѣлою вещью. Такое владѣніе возможно лишь въ томъ случаѣ, когда владѣлецъ цѣлой вещи владѣетъ alieno nomine и частью ея, напр. когда коммодатарій присоединяетъ чужую вещь къ своей (законнымъ способомъ), напр. я ссужаю кого-либо дрогами для тарантаса, или балкою для возведенія подмостковъ. Лицо, употребившее въ дѣло дроги или балку, будетъ владѣть ими alieno nomine, а всѣмъ тарантасомъ или подмостками — suo nomine.

2) Предметомъ спора былъ вопросъ: лицо, владѣющее цѣлою вещью, владѣетъ ли въ то же время частями ея? Правильное разрѣшеніе его весьма важно для usucapio. Отвѣтъ, даваемый положительнымъ правомъ, далеко не обнимаетъ всего вопроса, который многими считался двумысленнымъ; поэтому необходимо постараться дать удовлетворительный отвѣтъ на него на основаніи внутреннихъ началъ.

Со стороны corpus'а нѣтъ препятствій для такого совмѣстнаго владѣнія цѣлою вещью и частями ея, такъ какъ если вся вещь находится въ физическомъ обладаніи лица, то оно конечно простираетъ свою власть и на части ея, даже болѣе чѣмъ когда части отдѣлены отъ цѣлаго. Поэтому и actio ad exhibendum обращается противъ владѣльца цѣлою вещью.

Animus также самъ по себѣ возможенъ, но онъ не совпадаетъ съ corpus, направленнымъ на цѣлую вещь. Поэтому въ данномъ случаѣ не достаетъ опредѣленности, познаваемости animus'а, необходимой при владѣніи. По устраненіи этого препятствія совмѣстное владѣніе цѣлою вещью и частями ея становится возможнымъ. Здѣсь необходимо различать слѣдующіе два пункта:

1) Кто овладѣваетъ вещью, тотъ пріобрѣтаетъ владѣніе надъ цѣлымъ, а не надъ отдѣльными частями. Воля его или вовсе не направлена на эти отдѣльныя части, или даже если и направлена, то представляется неопредѣленною, неузнаваемою [1]).

---

[1]) L. 2. §. 6. D. pro emt. (41,4), L. 23. pr. D. de usurp (41,3).

Различіе, которое многіе стремились провести въ этомъ отношеніи между вещами недвижимыми и движимыми, представляется совершенно несостоятельнымъ.

2) Лицо, владѣвшее самостоятельною, отдѣльно существующею вещью, имѣло извѣстный, на эту вещь направленный animus. Этотъ animus не уничтожается вслѣдствіе того, что напр. оно присоединило свою вещь къ другой вещи и тѣмъ составило новое цѣлое. Въ этомъ случаѣ явится владѣніе цѣлою вещью и частью ея одновременно. Такъ какъ владѣніе частью вещи (прежнею отдѣльною вещью) уже принадлежало лицу, то оно должно и теперь принадлежать ему же, потому что владѣлецъ ни corpore, когда онъ владѣетъ цѣлою новою вещью, ни animo не утратилъ своего владѣнія. Такимъ образомъ давность продолжаетъ течь по отношенію къ означенной вещи. Тотъ же взглядъ положительно выраженъ въ римскомъ правѣ [1]) Многихъ приводили въ недоумѣніе слова: decem dies, подъ которыми разумѣлось малое пространство времени, распоряженіе, допущеніе начала справедливости, внѣ которыхъ будто юристъ признавалъ потерю владѣнія. Но во всей цитатѣ заключается лишь объясненіе извѣстнаго случая, decem dies представляютъ торжественный примѣръ, встрѣчаемый и въ другихъ мѣстахъ [2]) Нѣкоторые неосновательно признавали здѣсь полную связь между вещами, тогда какъ упомянутыя двѣ составныя части зданія—крыша и стѣны, служатъ поддержкою всему зданію. Наконецъ думали, что цитированному мѣсту противорѣчитъ другое [3]), въ которомъ будто бы отрицается если не владѣніе вообще, то владѣніе ad usucapionem. Хотя пожалуй и можно допустить, что здѣсь отрицается послѣдній видъ владѣнія, но указанное мѣсто можетъ быть понимаемо гипоте-

---

[1]) L 30 § 1. D de usurp. (41 3): Labeo libris epistolarum ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superesset, in aedificium eas conjecisset, nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset. Quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in annulo gemma? In quo verum est et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum. Противъ указанія въ текстѣ объясненія этой цитаты возсталъ Бенедиктъ, Pand § 124. прим. 16, который слово conjecisset переводитъ: „не употребилъ тотчасъ же на постройку, но гдѣ нибудь сложилъ на время". Basilic. μὴ ἐν τάχει ἐν οἰκοδομῇ, съ этимъ переводомъ изреченія трудно кажется согласить послѣдующее: si aedificium possedisset и противоположеніе: quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent.

[2]) L. 50. D. de minor. (4.4).

[3]) L. 7. §. 1. D. ad exhib. (10,4): Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum, et ita Pomponius scribit, quamvis tunc civiliter non possideas.

тически; при томъ же оно отрицаетъ usucapio не вслѣдствіе какого-либо недостатка владѣнія: основаніе отрицанія въ немъ вовсе не приведено. Основаніе это скорѣе заключается въ res furtiva, т. е. въ такомъ порокѣ, который, по словамъ Гая, весьма часто встрѣчается при давностномъ пріобрѣтеніи чужихъ вещей. Упоминаніе о связи относится только къ actio ad exhibendum, необходимымъ условіемъ которой и служитъ эта связь.

Право владѣнія не распространяется на вещи, изъятыя изъ гражданскаго оборота (commercium); право это есть имущественное право, означенныя же вещи не могутъ служить объэктами имущественныхъ правъ.

Однако, какъ выше—по отношенію къ лицамъ, такъ и здѣсь—относительно вещей, право установило не одни ограниченія, но въ число объэктовъ владѣнія включило и такіе, которые отнюдь не могли бы считаться объэктами съ естественной точки зрѣнія. Сюда прежде всего относится владѣніе правами, juris quasi possessio (см. ниже), далѣе владѣніе идеальными (мысленными) частями вещей. Фактъ владѣнія ими собственно невозможенъ, такъ какъ нельзя простирать свою физическую власть на то, что существуетъ только въ воображеніи. Помѣщеніе владѣнія въ ряду другихъ правъ повело къ признанію *совладѣнія* (conpossessio, Mitbesitz), подобнаго собственности, т. е. были признаны нѣсколько владѣльцевъ вещью по долямъ, quota. Но необходимо, чтобы animus былъ направленъ на извѣстную долю вещи, а это предполагаетъ слѣдующія два условія: 1) возникновеніе такихъ мысленныхъ долей должно произойти вслѣдствіе какого-либо юридическаго событія (напр. покупки, даренія и пр.), а не вслѣдствіе субъэктивнаго произвола лицъ, 2) владѣлецъ долженъ имѣть въ виду опредѣленную долю и потому долженъ знать какою именно долею ему приходится владѣть. Это положительно выражено въ L. 32. §. 2. D. de usurp. [1]). Что же однако значатъ слова—mera subtilitate? Изъясненіе ихъ кажется съ перваго взгляда необходимымъ, но на самомъ дѣлѣ оно вовсе не нужно. Изъ содержащагося въ указанномъ мѣстѣ принципа слѣдуетъ только, что мы ни одно лицо не можемъ назвать владѣльцемъ какой-либо мысленной части; это важно, когда возникаетъ споръ между совладѣльцами; если же они владѣютъ согласно, то каждое лицо признается владѣльцемъ по отношенію къ третьимъ лицамъ. Пріобрѣтенію ими вещи посредствомъ

---

[1]) L. 32. §. 2. D. de usurp. (41,3): Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo scribit.

давности не будетъ препятствовать незнаніе причитающейся каждому изъ нихъ доли. Ошибочность вывода Лабеона заключается въ томъ, что имъ изъ посылки „никто не владѣетъ частью" сдѣлано заключеніе „поэтому никто не можетъ считаться владѣльцемъ" [1]).

3. Исключительность владѣнія.

§ 129.

Нѣсколько лицъ не могутъ въ одно и то же время владѣть одною и тою же цѣлою вещью: plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Возможность одновременнаго бытія естественнаго и юридическаго владѣнія не представляется исключеніемъ изъ этого правила, такъ какъ собственно владѣльцемъ будетъ лицо, владѣющее юридически, фактическій же владѣлецъ только осуществляетъ владѣніе перваго. Не будетъ также исключеніемъ то положеніе, что лицо, принимающее въ закладъ чью-либо движимость становится юридическимъ владѣльцемъ ея, тогда какъ залогодатель перестаетъ юридически владѣть ею; интердикты, охраняющіе владѣніе, предоставлены залогопринимателю; залогодатель же—въ интересахъ вѣрителя—мыслится продолжающимъ свое владѣніе quoad usucapionem, потому что въ противномъ случаѣ перенесеніе юридическаго владѣнія на залогопринимателя, съ цѣлью обезпеченія, заключало бы въ себѣ причину его уничтоженія. Здѣсь не будетъ владѣнія нѣсколькихъ лицъ in solidum, такъ какъ владѣетъ только залогопринимать. Указанная фикція означаетъ лишь, что usucapio въ видѣ исключенія можетъ продолжаться и помимо владѣнія

Нѣкоторые римскіе юристы стояли за видоизмѣненіе вышеуказаннаго естественнаго правила въ томъ случаѣ, когда одно лицо владѣло injuste, а другое juste, напр. при precario accipiens и dans. Взглядъ ихъ имѣетъ слѣдующее основаніе. При interdicta retinendae possessionis побѣда можетъ остаться за лицомъ, въ данное время не владѣющимъ, потому, что другое лицо пріобрѣло отъ него его владѣніе injuste; такимъ образомъ лицо не владѣющее признается владѣльцемъ (retinet possessionem) по отношенію къ тому лицу, которое владѣетъ injuste. Многіе юристы выражаютъ ту же мысль слѣдующимъ образомъ: injus-

---

[1]) Ср. также прил. XII. Противъ признанія такой негодной subtilitas Лабеона справедливо возсталъ Бекингъ, Einl. in die Pand. (1853) § 12,4, стр. 459, прим. 11; Grundrisz des gemeinen Civilrechts 4 изд. 1852) прим. е. стр. 34. Ср. замѣтку къ прил. XII. *Прим. изд.*

tus possessor владѣетъ съ естественной точки зрѣнія, съ юридической же владѣетъ и тотъ, который есть justus possessor; такимъ образомъ выходитъ, что одновременно возможны justa possessio и injusta. Ошибка ихъ заключалась въ томъ, что вышеуказанныя послѣдствія, заключающіяся въ природѣ владѣльческихъ интердиктовъ, были приняты за матеріальную истину и отъ нихъ сдѣланы дальнѣйшіе выводы—далеко за предѣлъ упомянутаго основнаго принципа; поэтому напр., если у меня vi отнята кѣмъ-либо вещь и затѣмъ у этого лица также vi отнята третьимъ лицомъ, то побѣда вслѣдствіе interdictum retinendae possessionis не осталась бы ни за однимъ изъ нихъ, такъ какъ каждый является владѣльцемъ.

Этотъ взглядъ положительно отвергнутъ въ юстиніанскомъ правѣ и только injustus possessor считается дѣйствительнымъ владѣльцемъ [1]); впрочемъ вслѣдствіе небрежности составленія свода остались въ немъ нѣкоторые слѣды прежняго воззрѣнія; эти остатки могутъ пожалуй также объясняться различіемъ въ воззрѣніяхъ самихъ компиляторовъ.

В. Пріобрѣтеніе владѣнія.

§ 130.

Для пріобрѣтенія владѣнія необходимо возникновеніе двухъ его элементовъ въ лицѣ пріобрѣтателя. Только соединеніе ихъ является собственно пріобрѣтеніемъ владѣнія:

1) animus,—который обыкновенно предшествуетъ,

и 2) corpus—завладѣніе, apprehensio.

До Савиньи существовала теорія, противорѣчащая какъ сущности владѣнія, такъ и положительному праву,—будто для пріобрѣтенія владѣнія необходимо тѣлесное прикосновеніе къ вещи: взятіе ея въ руки, вступленіе на недвижимость, и что лишь въ видѣ исключенія допускаются символическія дѣйствія, напр. передача ключей и многіе другіе символы германскаго туземнаго права, перенесенные на римское ученіе о владѣніи. Прежде всего необходимо замѣтить, что символическаго пріобрѣтенія владѣнія нѣтъ вовсе: символическое дѣйствіе могло бы вызвать только символическую власть, владѣніе же есть власть дѣйствительная. Символъ мыслимъ только для духовнаго, но не для тѣлеснаго акта; символъ есть чувственное выраженіе того, что выше чувствъ, но не наоборотъ. Тѣлесное прикосновеніе къ

---

[1]) L. 3. §. 5 D. de adquir. poss. (41,2).

вещи вообще безразлично для владѣнія и не играетъ при пріобрѣтеніи его никакой роли: какъ оно можетъ быть безъ завладѣнія, такъ и завладѣніе возможно помимо прикосновенія.

Для завладѣнія необходимъ тѣлесный (физическій) актъ, результатомъ котораго является фактическая власть надъ вещью, который установляетъ между лицомъ и вещью извѣстное тѣлесное отношеніе и заключаетъ въ себѣ возможность полнѣйшаго и произвольнаго воздѣйствія на вещь. Итакъ, въ случаѣ достиженія такого результата существуетъ завладѣніе; достигнутъ ли онъ такъ или иначе—все равно. Такимъ актомъ можетъ быть и физическое прикосновеніе къ вещи, лишь бы рождались вышеуказанныя послѣдствія (но не можетъ быть напр. вступленіе на землю, находящуюся во владѣніи другаго); далѣе, передача ключей отъ запертаго хранилища — вблизи этого послѣдняго, такъ какъ если она произойдетъ вдали отъ него, то нельзя будетъ сказать, что возникла возможность произвольнаго воздѣйствія на вещь; далѣе нахожденіе (das Stehen) пріобрѣтателя около самой вещи или вблизи ея, longa manu traditio, custodia, держаніе вещи въ зданіи, находящемся въ нашемъ владѣніи, причемъ самое присутствіе пріобрѣтателя излишне.

Владѣніе вещами, находящимися въ нѣдрахъ земли, пріобрѣтается только послѣ вырытія ихъ; до этого времени существованіе ихъ достовѣрно неизвѣстно, такимъ образомъ нѣтъ объекта для опредѣленнаго animus, также нѣтъ возможности произвольнаго воздѣйствія. (Съ этимъ отнюдь не должно смѣшивать то положеніе, что владѣніе не уничтожается вслѣдствіе зарытія вещи въ землю, см. ниже). Владѣніе дикимъ животнымъ считается, кромѣ случая поимки его, еще пріобрѣтеннымъ тогда, когда оно убито, подъ необходимымъ условіемъ возможности произвольнаго воздѣйствія на трупъ его. Этой возможности не будетъ въ случаѣ простаго пораненія животнаго, хотя бы и смертельнаго, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus [1]).

Обыкновенно animus предшествуетъ завладѣнію; но въ нѣкоторыхъ случаяхъ онъ можетъ слѣдовать за фактическимъ отношеніемъ. 1) Corpus можетъ существовать предъ какимъ бы то ни было animus, напр. лицо въ мое отсутствіе положило мнѣ подарокъ въ моемъ жилищѣ, или передало его третьему лицу, которое не было уполномочено мною на принятіе подарка; 2) corpus предшествуетъ лишь самому animus dominiнапр. арендаторъ покупаетъ бывшій у него въ арендѣ земель

---

[1]) L. 5. §. 1., L. 55. D. de adquir. rer. dom. (41,1).

ный участокъ. Для пріобрѣтенія юридическаго владѣнія въ этомъ случаѣ не нужно новаго завладѣнія, а достаточно признанія одного animus domini; это—brevi manu traditio (превращеніе естественнаго владѣнія въ юридическое).

Завладѣніе можетъ, кромѣ того, совпасть съ понятіемъ владѣнія при оккупаціи и традиціи. Одностороннее пріобрѣтеніе владѣнія безъ содѣйствія прежняго владѣльца называется occupatio; если прежній владѣлецъ просто отказался отъ своего владѣнія, а другое лицо завладѣло оставленной вещью, то это также будетъ occupatio. Если же пріобрѣтеніе владѣнія происходитъ по волѣ прежняго владѣльца, который съ этою цѣлью прекращаетъ свое владѣніе и тѣмъ обусловливаетъ возможность пріобрѣтенія, то это уже будетъ traditio. Для этого необходимо: 1) такое дѣйствіе лица передающаго (Tradent), которымъ онъ съ одной стороны прекращаетъ свое владѣніе, съ другой—посредствомъ словеснаго дозволенія или фактическаго облегченія пріобрѣтенія,—выражаетъ волю, чтобы другое лицо пріобрѣло владѣніе вещью; 2) со стороны пріобрѣтателя требуется все то, что необходимо для односторонняго пріобрѣтенія владѣнія и кромѣ того намѣреніе пріобрѣсть данное владѣніе отъ другаго лица.

Традиція не есть производный способъ пріобрѣтенія владѣнія потому, что таковаго вовсе быть не можетъ. Во владѣніи не существуетъ преемства; преемникомъ факта можно быть не юридически, а только фактически. Традиція, пожалуй, заключаетъ въ себѣ производный способъ пріобрѣтенія—преемство, но оно относится только къ юридическому элементу, связанному съ владѣніемъ [1]).

Пріобрѣтеніе владѣнія возможно посредствомъ представителей [2]). Для этого необходимо:

1) Извѣстное представительное отношеніе (см. выше).

2) Завладѣніе вещью посредствомъ представителя. Corpus владѣнія устанавливается въ лицѣ представителя. Можетъ впрочемъ случиться, что представитель еще прежде находился въ извѣстномъ физическомъ отношеніи къ вещи; тогда конечно не нужно новаго завладѣнія. Этотъ видъ традиціи называется constitutum possessorium (см. ниже).

---

[1]) Бринцъ (Lehrb. § 130 прим. d) не безъ основанія защищаетъ возможность преемства. То обстоятельство, что владѣніе втораго владѣльца есть новое, не исключаетъ понятія преемства, такъ какъ и производное пріобрѣтеніе права собственности было бы новымъ пріобрѣтеніемъ, а мы все таки говоримъ о successio преемника не in locum, а in rem *Прим изд.*

[2]) Possessionem adquirimus et animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. Изъ Пандектъ.

3) Воля представителя пріобрѣсти владѣніе для другаго лица; безъ такой воли онъ дѣйствуетъ не въ качествѣ представителя и потому не пріобрѣтаетъ для лица представляемаго (dominus). Въ нѣкоторыхъ случаяхъ обратная воля, т. е. намѣреніе представителя владѣть для третьяго лица, ничтожна и владѣніе пріобрѣтается все-таки лицомъ представляемымъ, напр. воля у filius-familias. При пріобрѣтеніи владѣнія этимъ послѣднимъ по приказанію отца возможны три случая неповиновенія: a) сынъ желаетъ пріобрѣтать для третьяго лица, здѣсь отецъ ничего не пріобрѣтетъ; b) онъ хочетъ пріобрѣсть вещь для себя, если это возможно, и c) онъ намѣренъ пріобрѣсть владѣніе для себя, даже когда это запрещено, ex re patris; здѣсь владѣніе все-таки пріобрѣтается для отца.

Другой случай, когда измѣна представителя не препятствуетъ пріобрѣтенію владѣнія, встрѣчается при традиціи [1]), именно, когда тradентъ имѣетъ намѣреніе (волю) сдѣлать владѣльцемъ не представителя, а лицо представляемое. Такая воля тradента является ненужною, когда представитель точно исполняетъ свои обязанности. Она нужна только для восполненія недостаточности представительства.

Воля представителя безъ завладѣнія вполнѣ достаточна для того, чтобы сдѣлать dominus'а владѣльцемъ, въ томъ случаѣ, когда представитель прежде владѣлъ уже вещью (constitutum possessorium). Прежній юридическій владѣлецъ дѣлаетъ такимъ же владѣльцемъ другое лицо, выразивъ намѣреніе владѣть на будущее время его именемъ. Это есть перенесеніе владѣнія посредствомъ превращенія прежняго юридическаго владѣнія въ естественное (обратная brevi manu traditio), напр. продажа вещи лицу и оставленіе ее у себя въ арендѣ. Тотчасъ по соглашеніи сторонъ традиція считается совершившеюся, такъ какъ въ этотъ моментъ прежній владѣлецъ принимаетъ отъ себя самого владѣніе въ качествѣ представителя новаго владѣльца. Точно то же бываетъ, когда продавецъ соглашается сохранить у себя проданную вещь до присылки за ней (конечно, если волею контрагентовъ установлялась немедленная передача вещи): согласіе продавца дѣлаетъ его изъ юридическаго владѣльца депозитаріемъ; но онъ остается собственникомъ вещи, если купля-продажа должна была вполнѣ окончиться взятіемъ вещи покупателемъ и если до этого времени сдѣлка оставалась in suspenso.

4) Воля пріобрѣтателя. Относительно animus'а представительство невозможно: ignoranti possessio non acquiritur; но

[1]) L. 13. D. de donat. (39,5).

спеціальное происшествіе, обусловливающее пріобрѣтеніе, можетъ быть неизвѣстно пріобрѣтателю; поэтому можно также сказать possessio ignoranti acquiritur; если напр. я послалъ повѣреннаго для пріобрѣтенія владѣнія извѣстною вещью, то я дѣлаюсь владѣльцемъ въ самый моментъ завладѣнія ея повѣреннымъ. Такое значеніе спеціальнаго происшествія относится къ conditio usucapiendi (см § 157). Необходимый animus possidendi пріобрѣтателя заключается такимъ образомъ въ порученіи или приказаніи повѣренному, которое однако должно быть спеціально направлено на пріобрѣтеніе владѣнія. Поэтому dominus пріобрѣтаетъ владѣніе посредствомъ procurator'a omnium bonorum—только послѣ ратигабиціи его дѣйствія. Но съ другой стороны не слѣдуетъ придавать слишкомъ обширнаго значенія необходимости спеціальнаго порученія; лицу, дающему порученіе, нѣтъ нужды знать о спеціальной вещи, повѣренному также можетъ быть предоставленъ выборъ изъ цѣлаго рода вещей.

Существуютъ впрочемъ исключенія изъ правила о необходимости воли пріобрѣтателя: 1) для опекуновъ и представителей юридическихъ лицъ (см. § 127) и 2) для peculium Поэтому для пріобрѣтенія владѣнія достаточно concessio peculii, т. е. общей воли; такимъ образомъ здѣсь вполнѣ примѣняется правило „possessio ignoranti acquiritur", даже и при usucapio.

С. Прекращеніе владѣнія.

§ 131.

Лицо владѣетъ вслѣдствіе соединенія corpus и animus. Вслѣдствіе прекращенія одного изъ этихъ элементовъ, владѣніе прекращается, существенная связь лица съ вещью разрушается, такъ какъ невозможно владѣть однимъ animo или однимъ corpore.

Но относительно прекращенія этихъ элементовъ существуютъ особыя юридическія правила. Съ естественной точки зрѣнія пришлось бы сказать, что владѣніе прекращается тотчасъ же, какъ соединеніе ихъ перестаетъ быть такимъ, какимъ оно требовалось для начала владѣнія. Но въ такомъ случаѣ продолженіе владѣнія сдѣлалось бы невозможнымъ и вопросъ о владѣніи по большей части (именно во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда важенъ не одинъ моментъ пріобрѣтенія его) утратилъ бы всякій юридическій интересъ. Поэтому принято считать владѣніе продолжающимся, хотя бы corpus и animus не оставались такими, какими были въ началѣ; признакомъ прекращенія вла-

дѣнія служитъ наступленіе для одного изъ его элементовъ противоположнаго ему состоянія [1]).

Такимъ образомъ лицо можетъ утратить владѣніе

1) Corpore—вслѣдствіе невозможности произвольно проявлять свою фактическую власть надъ вещью, напр. при потерѣ ея. Когда земледѣлецъ оставитъ свой плугъ на ночь въ полѣ, то онъ не лишается владѣнія плугомъ, если только его не унесетъ съ поля кто-либо другой. Когда вещь потеряется или затеряется въ собственномъ домѣ лица, то corpus possessionis продолжается потому, что оно находится подъ охраной (custodia) лица; владѣніе же вещью, потерянною внѣ дома, прекращается. По отношенію къ дикимъ животнымъ corpus существуетъ до тѣхъ поръ, пока они заперты, скованы, или настолько приручены, что, какъ напр. пчелы и голуби, имѣютъ consuetudo revertendi. Владѣніе животнымъ, успѣвшимъ освободиться и убѣжать, считается продолжающимся до тѣхъ поръ, пока это животное еще видно и пока есть вѣроятность вторичной его поимки. Но corpus прекращается вслѣдствіе того, что вещь дѣлается составною, интегрирующею частью другой вещи; при обращеніи одной вещи во внѣшнюю, неинтегрирующую часть другой, corpus прекращается только тогда, когда цѣлая вещь переходитъ во владѣніе другаго лица, не являющагося представителемъ перваго (см. выше).

То особое правило, что владѣніе земельными участками не прекращается вслѣдствіе отсутствія ихъ хозяина, вытекаетъ уже изъ общаго правила. Съ другой стороны лицо, находящееся на земельномъ участкѣ, можетъ утратить владѣніе имъ, напр. если оно будетъ подвергнуто на немъ лишенію свободы. То обстоятельство, что владѣлецъ лично не можетъ, напр. по болѣзни и т. п., бывать на своемъ земельномъ участкѣ, не обусловливаетъ прекращенія его владѣнія до тѣхъ поръ, пока участокъ свободенъ отъ посторонняго владычества. Но по отношенію къ потерѣ владѣнія вслѣдствіе дѣятельности другаго лица—существуетъ нѣкоторое странное отступленіе. Владѣніе вещами собственно прекращается тотчасъ же послѣ того, какъ другое лицо завладѣло ими; такъ бываетъ при владѣніи движимостью. Но для земельныхъ участковъ допущено исключеніе: владѣніе ими не прекращается безъ вѣдома владѣльца о чужомъ завладѣніи, т. е. не прекращается до тѣхъ поръ, пока онъ не узнаетъ о чужомъ захватѣ и добровольно или вынужденно оста-

---

[1]) L. 153. D. de R. I. (50.17): Ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum.

нется въ бездѣйствіи—не приметъ мѣръ къ немедленному удаленію лица, совершившаго захватъ. Такое знаніе о завладѣніи требуется не непремѣнно отъ владѣльца, а и отъ лица, физически осуществляющаго владѣніе, поэтому и отъ представителя, если таковой имѣется.

2) Animo—только влѣдствіе animus non possidendi, такъ какъ лишь такая воля можетъ считаться противоположностью намѣренію владѣть. Продолженія опредѣленной воли владѣть не требуется; поэтому напр. сумасшествіе или забвеніе не прекращаютъ владѣнія и затѣмъ лица, не могущія имѣть воли, не могутъ своимъ animo лишиться владѣнія. Для того, чтобы утратить владѣніе animo, необходимо отказаться отъ него, и это можетъ быть совершено tacite, посредствомъ какаго-либо дѣйствія, предполагающаго отказъ отъ владѣнія. Но не всякое дѣйствіе, несогласное съ владѣніемъ, можетъ считаться выраженіемъ прекращенія владѣнія, такъ какъ несоотвѣтствіе это можетъ произойти вслѣдствіе ошибки; напр. лицо предъявляетъ rei vindicatio, а она несогласна съ его владѣніемъ; поэтому можно было бы пожалуй сказать, что оно такимъ предъявленіемъ прекратило владѣніе, но это будетъ совершенно не вѣрно [1]).

Владѣніе можетъ быть продолжаемо представителями, которые владѣютъ именемъ юридическаго владѣльца. Этотъ послѣдній владѣетъ corpore alieno и можетъ поэтому утратить владѣніе animo suo, но отнюдь не corpore suo, напр. онъ не теряетъ владѣнія вслѣдствіе dejectio въ то время, какъ представитель продолжаетъ владѣть. Владѣніе въ лицѣ представителя можетъ прекратиться corpore въ слѣдующихъ случаяхъ:

1) Представитель утрачиваетъ corpus помимо своей воли, напр. влѣдствіе dejectio; это влечетъ за собой потерю владѣнія.

2) Представитель хочетъ отнять владѣніе у представляемаго лица. Одно такое намѣреніе представителя впрочемъ не обусловливаетъ прекращенія владѣнія; самый corpus possessionis долженъ построиться такимъ образомъ, чтобы владѣніе должно было непремѣнно прекратиться, хотя бы и владѣлъ самъ dominus. Измѣна представителя имѣетъ то послѣдствіе, что онъ въ своихъ неправильныхъ дѣйствіяхъ трактуется уже не какъ пред-

---

[1]) L. 12. §. 1. D. de poss. (41,2.): Nihil commune habet proprietas cum possessione, et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare, non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit. Юристъ устраняетъ два основанія, которыя могли бы казаться противорѣчащими интердикту: 1) exceptio rei in judicium deductae,—къ этому относятся начальныя слова, и 2) animus non possidendi,—къ этому относятся слова non enim etc.

ставитель, а какъ посторонній человѣкъ. Она можетъ выражаться въ слѣдующихъ формахъ: a) представитель принимаетъ animus domini; въ этомъ случаѣ необходимо новое завладѣніе—захватъ движимой вещи, какъ при furtum, и заявленіе о владѣніи вещью помимо прежняго владѣльца—для недвижимостей; b) представитель хочетъ владѣть именемъ другаго лица, таковъ напр. случай продажи вещи и взятія ея въ аренду отъ покупателя; здѣсь необходимо завладѣніе со стороны послѣдняго, какъ будто бы представителя вовсе не было; c) прекращеніе владѣнія со стороны представителя; отказаться отъ владѣнія представитель не имѣетъ права, такъ какъ animus possidendi не подлежитъ его распоряженію, а его собственный animus non possidendi не имѣетъ значенія. Но кромѣ того передача вещи третьему лицу не всегда является потерей владѣнія. Только владѣніе вещами движимыми прекращается такимъ образомъ, такъ какъ для прекращенія его достаточно простаго завладѣнія, даже помимо какого-либо дѣйствія представителя; но такимъ образомъ отнюдь не прекращается владѣніе земельными участками. По этому поводу между римскими юристами существовало разногласіе; Юстиніанъ предпочелъ тотъ взглядъ, который согласуется съ разрѣшеніемъ другихъ случаевъ [1]).

3) Представитель, вслѣдствіе сумасшествія или смерти, перестаетъ имѣть волю осуществлять чужое владѣніе. Здѣсь не будетъ contrarium по отношенію къ corpus и потому владѣніе не прекращается; оно не прекращается также вслѣдствіе уничтоженія представительныхъ отношеній, напр. истеченія арендного срока, отмѣны порученія (mandatum); до тѣхъ поръ пока арендаторъ сохраняетъ владѣніе, онъ остается представителемъ лица, отдавшаго вещь въ аренду. Если же онъ перестаетъ владѣть, то corpus possessionis въ томъ видѣ, въ какомъ онъ долженъ былъ существовать для пріобрѣтенія владѣнія, конечно, уничтожается, но это не обусловливаетъ еще прекращенія самаго владѣнія,

IV. Послѣдствія и охраненіе владѣнія.

A. Общія понятія.

§ 132.

До сихъ поръ мы разсматривали вопросъ о томъ, кто считается владѣльцемъ—вопросъ, имѣющій юридическое значеніе, бла-

---

[1]) L. 40. §. 1., L. 44. §. 2. D. de adqu. poss. (41,2). Ср. съ L. 12. C. h. t. (7,32.).

годаря тѣмъ послѣдствіямъ, которыя связаны съ владѣніемъ. Въ числѣ послѣдствій необходимо указать 1) на пріобрѣтеніе права собственности, являющееся результатомъ или пріобрѣтенія владѣнія (occupatio, traditio), или продолженія его въ теченіи извѣстнаго времени (usucapio) и 2) на охраненіе владѣнія посредствомъ Publiciana in rem actio и посредствомъ владѣльческихъ интердиктовъ (interdicta quae possessionis causam habent). Въ этихъ то интердиктахъ и проявляется главнѣйшее дѣйствіе владѣнія, какъ извѣстнаго состоянія, потому именно, что они съ одной стороны являются лишь послѣдствіемъ одного владѣнія, тогда какъ при usucapio присоединяется еще факторъ—время, съ другой же это—послѣдствія чисто фактическаго владѣнія, тогда какъ usucapio и Publiciana actio предполагаютъ такое владѣніе, которое заключаетъ въ себѣ и нѣкоторые другіе элементы, Поэтому здѣсь будетъ рѣчь только о владѣльческихъ интердиктахъ.

Посредствомъ владѣльческихъ интердиктовъ охраняется владѣніе ради его самого, охраняется чистый фактъ юридическаго владѣнія и, благодаря именно этому охраненію, владѣніе дѣлается правомъ. Эти интердикты бываютъ двоякаго рода, interdicta retinendae possessionis—объ удержаніи существующаго владѣнія и interdicta recuperandae possessionis—о возстановленіи владѣнія уже нарушеннаго; владѣніе служитъ основою обоихъ этихъ видовъ, въ первомъ—основою наличною, во второмъ—прошедшею. Но interdicta adipiscendae possessionis не могутъ быть относимы сюда, такъ какъ владѣніе служитъ не основою ихъ, а предметомъ [1]). Различіе между possessio justa и injusta не имѣетъ абсолютнаго значенія для охраненія владѣнія. Интердикты даются для послѣдняго вида владѣнія точно также, какъ и для перваго, съ тою однако разницею, что injustus possessor долженъ всегда опасаться предъявленія эксцепціи vitiosae possessionis ab adversario,—со стороны того лица, отъ котораго онъ получилъ владѣніе vi, clam или precario; т. е. если произойдетъ столкновеніе между двумя владѣльцами—настоящимъ и прежнимъ, то побѣда останется за первымъ, если онъ есть justus possessor, или хотя и injustus, но пріобрѣлъ неправильно владѣніе отъ третьяго лица, а не отъ прежняго владѣльца; этотъ послѣдній можетъ оспаривать у него владѣніе посредствомъ interdictum retinendae или recuperandae possessionis.

Прежде (то есть до Савиньи), обыкновенно насчитывали множество послѣдствій владѣнія, при чемъ многія случайныя по-

---

[1]) Ср. §. 85. стр. 235. прим. 3. *Прим. изд.*

слѣдствія смѣшивались съ тѣми, истиннымъ источникомъ которыхъ дѣйствительно было владѣніе. Сюда относятся: a) jus retentionis, которое отнюдь не вытекаетъ изъ владѣнія и не имѣетъ его своей основой; таковою на самомъ дѣлѣ служитъ недобросовѣстный образъ дѣйствій истца, владѣніе же является только средствомъ осуществленія самаго права, безъ котораго это осуществленіе недоступно отвѣтчику; b) право самозащиты (Selbstvertheidigung); всякое лицо, подвергшееся нападенію, можетъ по нашему мнѣнію защищаться, будетъ ли оно владѣльцемъ или нѣтъ, напр. защищать свое тѣло; c) освобожденіе владѣльца отъ обязанности представлять доказательства; это преимущество является не послѣдствіемъ владѣнія, а появленія лица на судѣ въ качествѣ отвѣтчика (поэтому въ римскомъ правѣ possessor значитъ также отвѣтчикъ); это качество можетъ случайно находиться въ связи съ владѣніемъ, но это не вездѣ имѣетъ существенное значеніе, а потому указанное правило слѣдуетъ признать невѣрнымъ; наконецъ d) то же должно сказать о правилѣ: in pari causa (если права двухъ лицъ одинаково достаточны или недостаточны) melior est conditio possidentis (т. е. выгоднѣе положеніе того лица, которое сопротивляется измѣненію даннаго отношенія, сравнительно съ положеніемъ того, которое добивается этого измѣненія. Независимость всѣхъ указанныхъ случайныхъ послѣдствій отъ владѣнія доказывается еще тѣмъ, что не только юридическое, но и простое владѣніе отнюдь не служитъ для нихъ необходимымъ условіемъ.

B. Interdicta retinendae possessionis.

§ 133.

Намъ слѣдуетъ разсмотрѣть здѣсь два интердикта—interdictum uti possidetis, охраняющій владѣніе вещами недвижимыми и interdictum utrubi—для охраненія владѣнія движимыми вещами. Характеръ обоихъ этихъ интердиктовъ по юстиніановскому праву совершенно одинаковъ; различаются они по *поводу*, *основанію* и *цѣли*.

1) Поводъ. Главнѣйшимъ поводомъ ихъ служитъ споръ противъ владѣнія, при чемъ вовсе нѣтъ необходимости, чтобы онъ соединялся съ фактическимъ препятствованіямъ владѣнію. Въ случаѣ [1]) фактическаго нарушенія владѣнія интердиктъ направ-

---

[1]) Изъ Пандектъ.

ляется на признаніе владѣнія, на прекращеніе и устраненіе нарушенія, на возстановленіе владѣнія и на вознагражденіе лица потерпѣвшаго за вредъ и убытки; въ случаѣ же простаго спора противъ владѣнія, предметъ интердикта составляютъ признаніе владѣнія, воспрещеніе его нарушенія и, если вещь находится въ рукахъ лица оспаривающаго владѣніе, выдача вещи или ея aestimatio. Интердикты суть подготовительныя процессуальныя средства для будущаго спора о правѣ, petitorium. Лицо, признанное владѣльцемъ, имѣетъ въ тяжбѣ commodum possessoris, имѣетъ выгоду быть отвѣтчикомъ; выгода эта особенно ясна при rei vindicatio противъ владѣльца. Они также служатъ прелиминаріями къ спору о какомъ-либо jus in re, хотя здѣсь владѣлецъ уже не является непремѣнно отвѣтчикомъ; впрочемъ онъ и тутъ имѣетъ право на эту роль (отвѣтчика) и еще ту выгоду, что не обязанъ до разрѣшенія тяжбы передавать другому лицу осуществленіе спорнаго права.

Необходимо избѣгать слѣдующихъ двухъ ошибокъ: 1) признанія этихъ интердиктовъ временными виндикаціями (provisorische Vindicationen); такое признаніе привело въ нѣкоторыхъ мѣстныхъ правахъ къ тому, что для интердиктовъ стали требовать владѣнія по титулу (т. е. такого владѣнія, вслѣдствіе котораго рождалась бы вѣроятность пріобрѣтенія права собственности), вслѣдствіе чего они въ дѣйствительности вполнѣ измѣнились и вмѣсто ихъ потребовалось ввести другія процессуальныя средства; 2) признанія дѣйствительнаго или по крайней мѣрѣ угрожающаго насилія необходимымъ поводомъ для означенныхъ интердиктовъ, т. е. признанія этихъ интердиктовъ какъ-бы исками по преступленіямъ, какъ это дѣлаетъ Савиньи [1]). Эти интердикты только потому имѣютъ временный характеръ по отношенію къ petitorium, что такой же характеръ имѣетъ само владѣніе. Посредствомъ interdicta retinendae possessionis [2]) разрѣшается вопросъ о томъ, кто долженъ сохранить владѣніе въ теченіи petitorium'а; но тотъ же вопросъ представляется и при спорѣ о владѣніи—possessorium. Для разрѣшенія его въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ существовалъ особый отдѣлъ процесса по интердиктамъ, такъ называемый fructus

---

[1]) Пригодность воззрѣнія Савиньи въ извѣстныхъ случаяхъ возбуждала сомнѣніе потому, что будущее (угрожающее) нарушеніе ни какъ нельзя признать за настоящее maleficium; Schmidt, Interdictenverfahren, стр. 198. Но какъ же въ такомъ случаѣ объяснить существованіе обѣихъ функцій въ новѣйшемъ правѣ, предполагающемъ вездѣ совершившееся нарушеніе? Ср. L. 3. C. de int. (8,1.). Schmidt, ibid. стр. 328. *Прим. изд.*

[2]) Изъ Пандектъ.

licitatio, который исчезъ въ юстиніановскомъ правѣ. На практикѣ этотъ вопросъ разрѣшается въ началѣ спора о владѣніи (possessorium) судьею по его усмотрѣнію и сообразно съ вѣроятностью,—разрѣшается въ пользу того лица, которое въ состояніи будетъ доказать, что оно совершило послѣдній по времени актъ владѣнія; для представленія доказательствъ такого рода не нужно особаго процесса, хотя практикою нѣкоторыхъ странъ вполнѣ безусловно установленъ такой особый процессъ—possessorium summarium, въ противоположность настоящему спору о владѣніи, такъ называемому possessorium ordinarium. (Первое впрочемъ называется также summariissimum и служитъ для разрѣшенія вопроса: кто по всей вѣроятности есть владѣлецъ; во второмъ этотъ же вопросъ уже разрѣшается положительно). Тамъ гдѣ possessorium ordinarium сохранилось во всей своей чистотѣ, такое подраздѣленіе не должно быть допускаемо, такъ какъ вопросъ о владѣніи всегда можетъ быть разъясненъ вышеуказаннымъ, вполнѣ цѣлесообразнымъ способомъ. Нѣсколько инымъ представляется тотъ случай, когда possessorium ordinarium утратило характеръ владѣльческихъ интердиктовъ и сдѣлалось временною виндикаціей, вслѣдствіе требованія владѣнія по титулу; тогда въ дѣйствительности истиннымъ интердиктомъ retinendae possessionis будетъ уже possessorium summarium, тогда какъ possessorium ordinarium будетъ чѣмъ-то чуждымъ и ненужнымъ, втѣснившимся между первымъ и petitorium'омъ [1]).

Поводомъ къ интердиктамъ, какъ мы уже сказали выше, можетъ быть фактическое нарушеніе владѣнія; однако для наличности такого нарушенія не требуется насилія, необходимаго при interdictum de vi, но достаточно какого-либо дѣйствія, совершеннаго противъ воли владѣльца.

2) Основа. Основою интердиктовъ служитъ юридическое владѣніе и притомъ существующее въ данное время; но такое настоящее владѣніе теряетъ всякое значеніе, когда оно пріобрѣтено отъ противника vi, clam или precario; въ этомъ случаѣ владѣлецъ приговаривается даже къ возвращенію вещи, такъ-что выгода остается на сторонѣ того лица, которое въ данную минуту не было владѣльцемъ. Поэтому и это послѣднее

---

[1]) Въ послѣднее время Дельбрюкъ (dingliche Klage des deutschen Rechts, 1851 г.) пытался примѣнить possessorium прежняго владѣльца къ германскому вещному иску, т. е. къ Spolienklage противъ всѣхъ правомѣрныхъ владѣльцевъ. Но, возразимъ мы, истинное владѣніе не даетъ титула и признаніе таковаго равно уничтожило бы какъ право собственности, такъ и самое владѣніе. *Прим. изд.*

можетъ съ своей стороны воспользоваться интердиктомъ; это есть послѣдствіе *двусторонности* интердиктовъ (duplicitas, interdicta duplicia): обѣ стороны разсматриваются одновременно какъ истецъ и отвѣтчикъ: каждая изъ сторонъ, установленнымъ образомъ доказавшая свое право, можетъ требовать обвиненія другой стороны. Поэтому интердикты имѣютъ возстановляющее (recuperatorisch) дѣйствіе [1]). Но пользованіе [2]) этими интердиктами ограничивается однимъ annus utilis, при чемъ слѣдуетъ замѣтить, что 1) если поводомъ къ интердикту служитъ фактическое нарушеніе владѣнія, то онъ погашается годичною давностью со времени нарушенія, и 2) осуществленіе этого vitium possessionis предполагаетъ, что насиліе, vis и пр., имѣли мѣсто въ теченіи года, предшествовавшаго предъявленію иска [3]).

3) Цѣль. Цѣлью интердиктовъ служитъ обыкновенно опредѣленіе личности владѣльца и воспрещеніе нарушенія его владѣнія на будущее время. Въ случаѣ фактическаго нарушенія интердикты направляются на вознагражденіе за вредъ и убытки, а въ практикѣ даже и на cautio de non amplius turbando, если нарушеніе происходило уже неоднократно. Когда одержавшій побѣду на судѣ лишенъ владѣнія вещью, то за интердиктомъ слѣдуетъ condemnatio къ выдачѣ ему вещи; если же выдача не можетъ быть произведена тотчасъ, то установляется cautio посредствомъ поручителей; если же выдача совершенно невозможна по винѣ обвиненной стороны, то ему присуждается стоимость самаго владѣнія, а не одной вещи. Въ L. un. C. uti

---

[1]) Послѣ вполнѣ убѣдительныхъ выводовъ Шмидта, cit. стр. 113 и сл., я, не колеблясь, объявляю, что признаніе такого возстановляющаго дѣйствія интердиктовъ ошибочно. Оно отнюдь не вытекаетъ изъ одного понятія duplicitas. Прежній владѣлецъ, чтобъ выиграть дѣло на судѣ, долженъ бы еще быть дѣйствительно или фактивно (uti possidetis) настоящимъ владѣльцемъ; таковымъ же онъ является только по ученію тѣхъ, которые на ряду съ настоящею injusta possessio признавали существующею и прежнюю possessio justa и такимъ образомъ признавали possessio plurium in solidum, L. 3. pr. D. U. P. (43,17). Воззрѣніе же это опровергнуто въ § 129 на томъ основаніи, что при существованіи интердиктовъ recuperandae possessionis нѣтъ необходимости придавать возстановляющее значеніе интердиктамъ retinendae possessionis. Такое значеніе имѣлъ древній интердиктъ utrubi потому, что онъ не предполагалъ наличности владѣнія въ данный моментъ; въ юстиніановскомъ правѣ онъ сравненъ съ interdictum uti possidetis. Явившійся вслѣдствіе этого недостатокъ возстановляющаго интердикта устраненъ посредствомъ распространенія дѣйствія интердикта de vi (§ 135). *Прим. изд.*

[2]) Изъ Пандектъ.

[3]) Въ этомъ заключалось бы невозможное погашеніе эксцепцій давностью см. § 95. Погашеніе давностью интердикта uti possidetis (п. 2-й) относится къ случаю вознагражденія за вредъ и убытки вслѣдствіе бывшаго (прекратившагося) нарушенія. *Прим. изд.*

poss. [1]) сказано: судья разрѣшаетъ вопросъ о владѣніи, а затѣмъ—по установленіи cautio, или послѣ выдачи вещи—и вопросъ о правѣ собственности. Савиньи [2]) и другіе утверждаютъ, что представленіе cautio и пр. относится не къ области спора о владѣніи (possessorium), а къ petitorium. Но то же самое можемъ мы встрѣтить и въ possessorium'ѣ; при томъ же, такъ какъ цитированное мѣсто говоритъ именно объ этомъ послѣднемъ, то весьма естественно относить cautio и къ possessorium, а не къ одному petitorium [3]).

C. Interdicta recuperandae possessionis.

§ 134.

Лицу, лишившемуся владѣнія вслѣдствіе vis или precarium, предоставлены еще особые интердикты interdicta recuperandae possessionis.

Съ какою цѣлью сдѣлано это, когда interdicta retinendae possessionis имѣютъ одинаковое съ нимъ дѣйствіе? Это объясняется двумя причинами: общею и спеціальною—для interdictum de precario.

Посредствомъ interdictum retinendae possessionis можно добиваться возвращенія владѣнія отъ лица, пріобрѣтшаго это владѣніе насильственно или обманомъ, но только въ томъ случаѣ, когда этотъ violentus possessor продолжаетъ еще владѣть; эта возможность утрачивается, если онъ уже пересталъ владѣть вещью до начала процесса. Interdicta recuperandae possessionis не ограничиваются, конечно, этимъ случаемъ. Interdictum retinendae possessionis можетъ быть обращаемъ противъ лица precario possidens только до тѣхъ поръ, пока есть возможность ссылаться на этотъ порокъ владѣнія; означенный интердикъ погашается давностью въ теченіи года (annus utilis), что служитъ сильною помѣхой для пользованія precarium'омъ, препят-

---

[1]) L. un. C. uti poss. (8,6): Uti possidetis fundum de quo agitur, quum ab altero nec vi nec clam nec precario possidetis, rector provinciae vim fieri prohibebit; ac satisdationis vel transferendae possesionis edicti perpetui forma servata de proprietate cognoscet.

[2]) Recht des Besitzes стр. 489, прим. 1.

[3]) Отношеніе cautio и пр. къ спору о правѣ (petitorium) поставлено внѣ всякаго сомнѣнія Эндлихеромъ, въ его статьѣ, отпечатанной въ Zeitschrift f. gesch. Rechtswiss., т. IX, стр. 18—27. Пухта смѣшиваетъ здѣсь translatio и restitutio possessionis, тогда какъ первая относится къ обязанностямъ сторонъ (Parteirolle) въ petitorium'ѣ. *Прим. изд.*

ствуя большей продолжительности его. Вслѣдствіе указанныхъ основаній и установленъ особый интердиктъ, при томъ вѣчный [1]).

Существуетъ два вида интердиктовъ recuperandae possessionis: interdictum de vi—для однихъ земельныхъ участковъ (такъ что для однихъ движимыхъ вещей остается interdictum utrubi)—и int. de precario—для земельныхъ участковъ и движимыхъ вещей вмѣстѣ.

Думаютъ, что въ древнѣйшемъ правѣ существовалъ еще interdictum de clandestina possessione [2]), что онъ упоминается въ Пандектахъ мимоходомъ и что этому упоминанію слѣдуетъ придавать лишь историческое значеніе. Если бы цитированное въ примѣчаніи мѣсто дѣйствительно установляло особый интердиктъ de clandestina possessione, то въ примѣненіи его не могло бы быть ни малѣйшаго сомнѣнія, чему нисколько, конечно, не препятствовало бы то обстоятельство, что объ интердиктѣ этомъ нигдѣ болѣе въ законахъ не упоминается; въ подробной теоріи его не было бы необходимости. Интердиктъ этотъ обращался бы противъ лица, владѣющаго clam, и оно не избавилось бы отъ отвѣтственности даже послѣ утраты владѣнія (въ этомъ заключается отличіе возстановляющихъ интердиктовъ отъ interdicta retinendae possessionis). Савиньи [3]) возсталъ противъ примѣнимости означеннаго интердикта еще по той причинѣ, что примѣненіе его ограничено будто бы недвижимою собственностью, а владѣніе ею (напр. землею) не можетъ быть утрачено безъ вѣдѣнія владѣльца (clam). Но подобное ограниченіе вполнѣ проблематично, поэтому во всякомъ случаѣ мы должны бы примѣнять int. de clandestina possessione къ возстановленію владѣнія вещами движимыми, еслибы было доказано дѣйствительное существованіе этого интердикта.

Но, по нашему мнѣнію, вопросъ о существованіи означеннаго интердикта долженъ быть разрѣшенъ отрицательно, такъ какъ цитированное мѣсто источника выражаетъ только, что противъ clandestina possessione можно получить интердиктъ, т. е. лицо, тайно утрачивающее владѣніе, охраняется интердиктомъ. Это и справедливо въ дѣйствительности, даже если нѣтъ особаго интердикта recuperandae possessionis, такъ какъ лицо, лишающееся владѣнія, можетъ воспользоваться интердиктомъ retinendae possessionis [4]).

---

[1]) Натянутое объясненіе автора окажется излишнимъ, если признать, что interdicta retinendae possessionis полезны только для владѣльца, а interdicta recuperandae poss. и для невладѣльца. *Прим. изд.*

[2]) L. 7. §. 5. D. comm. div. (10,3).

[3]) Recht des Besitzes стр. 553. и сл.

[4]) Объясненіе Савиньи, на основаніи соображеній, указанныхъ выше въ

I. Interdictum de vi.

§. 135.

Необходимымъ условіемъ интердикта de vi служитъ насильственное отнятіе у лица юридическаго владѣнія земельнымъ участкомъ. Общія условія его примѣненія слѣдующія:

1) Существованіе *юридическаго* владѣнія истца во время отнятія его. Поэтому арендаторы, коммодатаріи и пр. не будутъ имѣть этого интердикта. Тибо [1]) и нѣкоторые другіе юристы, вопреки ясному выраженію положительнаго права, утверждали, что въ этомъ условіи нѣтъ никакой необходимости. Это мнѣніе обусловливается ложнымъ пониманіемъ термина civilis possessio (разумѣя подъ нимъ давностное владѣніе—poss. ad usucapionem). Detentor, насильственно лишенный обладанія вещью, можетъ пользоваться другими средствами охраненія, а не интердиктами.

Нѣкоторые юристы думали, что каноническое право даетъ особое процессуальное средство для возвращенія какимъ бы то ни было противозаконнымъ образомъ отнятой вещи, даже безъ наличности юридическаго владѣнія, именно—actio spolii, благодаря которой interdictum de vi становится совершенно не нужнымъ. Это значило бы, что лицо, жалующееся на отнятіе у него вещи, имѣетъ искъ, лишенный всякой юридической теоріи, при разрѣшеніи котораго субъэктивному усмотрѣнію судьи данъ полнѣйшій просторъ. Нельзя сомнѣваться, что нѣкоторые судьи употребили бы эту широкую свободу во зло. Но, по нашему мнѣнію, такого иска, безъ юридической теоріи, не можетъ быть и указанной ошибки каноническое право на самомъ дѣлѣ не дѣлало. Actio spolii каноническаго права есть не болѣе какъ interdictum de vi съ римскими основаніями, съ однимъ впрочемъ отступленіемъ, которое будетъ указано ниже [именно, что этотъ искъ направляется и противъ третьяго владѣльца in mala fide].

2) *Насильственное* отнятіе владѣнія. a) Насиліе, atrox vis,—противъ владѣльца или его представителя, при томъ или дѣйствительно осуществленное насиліе, или же непосредственная угроза какою-либо corporalis vis, съ готовностью привесть эту угрозу тотчасъ же въ исполненіе. По древнѣйшему праву существовало различіе послѣдствій употребленія или неупотреб-

---

прим. 1 и въ § 133 прим. 1. стр. 349, слѣдуетъ признать вѣрнымъ и по отношенію къ разсматриваемому вопросу. *Прим. изд.*

[1]) Archiv f. civ. Praxis. т. XVIII, 13.

ленія vis armata. Въ первомъ случаѣ терялось право на excertio vitiosae possessionis [т. е. лицо, прогнавшее съ оружіемъ въ рукахъ кого либо съ своей земли, не могло впослѣдствіи ссылаться на то, что это лицо прежде vitiose владѣло его землею]. Въ новѣйшемъ правѣ нѣтъ такого различія, такъ что и при vis non armata не существуетъ права на эксцепцію. b) *Потеря* владѣнія вслѣдствіе означеннаго насилія, dejectio. Поэтому interdictum de vi не можетъ быть примѣненъ къ случаю оккупаціи земельнаго участка во время отсутствія владѣльца, 1) такъ какъ здѣсь не будетъ насилія и 2) такъ какъ не произошло потери владѣнія. Не смотря на это, Юстиніанъ узаконилъ [1]), что оккупантъ долженъ быть трактуемъ какъ violentus possessor. Вѣроятно это постановленіе относится къ наказанію за самоуправство, падающему на то лицо, которое насильственно оккупируетъ чужую вещь. Такой насильственный владѣлецъ долженъ получить охраненіе только по прошествіи 30 лѣтъ, [тогда какъ interdictum de vi погашается годичною давностью]. Какой искъ имѣлъ въ виду Юстиніанъ? По буквальному смыслу цитаты можно заключить, что онъ разумѣлъ здѣсь interdictum de vi. Такимъ образомъ это постановленіе представляется совершенно произвольнымъ узаконеніемъ, которое отнюдь не должно быть распространяемо. Можно было бы думать, что здѣсь имѣется въ виду interdictum uti possidetis, только, разумѣется, съ распространеніемъ срока его на 30 лѣтъ [2]).

3) Римское право ограничиваетъ примѣненіе этого интердикта *одними недвижимыми* вещами. Это вытекаетъ уже изъ того, что вездѣ dejectio поставляется необходимымъ его условіемъ. Кромѣ того это же положительно выражено въ L. 1. §. 6. D. de vi (43,16). Каноническое право не подвергаетъ actio spolii такому ограниченію, а допускаетъ этотъ искъ даже по отношенію къ движимымъ вещамъ. Спорнымъ представляется вопросъ, не содержится ли такого, признаваемаго профессоромъ Савиньи [3]), распространенія—въ L. 7. C. unde vi [4]). Безъ со-

---

[1]) L. 11. C. unde vi (8,4).

[2]) По удостовѣренію Парбса, cit. стр. 52, авторъ въ лекціяхъ позднѣйшаго времени высказался въ пользу послѣдняго воззрѣнія. Ср. противъ этого §. 134 прим. 1 и 4. *Прим. изд.*

[3]) Recht des Besitzes §. 40

[4]) L 7. C. unde vi (8,4): Si quis in tantam furoris pervenerit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante eventum judicialis arbitrii violenter invaserit, dominus quidem constitutus possessionem, quam abstulit, restituat possessori et dominium ejusdem rei amittat. Sin vero alienarum rerum possessionem invasit, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem earundem rerum restituere compellatur.

мнѣнія, здѣсь предполагается охраненіе владѣнія лица, лишившагося движимой вещи вслѣдствіе насилія. Многіе оспаривали мнѣніе Савиньи, не указывая однако средствъ охраненія означеннаго вида владѣнія, хотя въ дѣйствительности такое средство имѣется. Вышеуказанный взглядъ на возстановляющую силу интердиктовъ retinendae possessionis даетъ намъ возможность правильно объяснить означенную цитату: владѣльцу, насильственно лишенному движимой вещи, предоставляется interdictum utrubi [1]).

4) По римскому праву къ отвѣтственности можетъ быть привлечено лицо, само насильственно нарушившее владѣніе (Dejicient), а равно и то, которое поручило другому совершить насильственное завладѣніе; каноническое право предоставляетъ actio spolii и противъ третьяго владѣльца, если онъ пріобрѣлъ владѣніе, зная о насиліи.

2. Interdictum de precario.

§ 136 [2]).

Precarium есть передача осуществленія права собственности, или всякаго другаго права подъ условіемъ произвольнаго отнятія его (auf beliebigen Widerruf); оно требуетъ положительно выраженнаго или молчаливаго дозволенія одной стороны и выраженнаго или подразумѣваемаго принятія этого дозволенія другою стороною. Существованіе этихъ элементовъ будетъ очевидно въ случаѣ просьбы (preces), отъ которой это юридическое отношеніе и получило свое названіе; но наличность этихъ существенныхъ условій возможна и помимо просьбы, если только можно по чему-либо убѣдиться въ существованіи дозволенія на precarium. Precarium—не юридическая сдѣлка, а лишь особая квалификація владѣнія; вслѣдствіе облеченія этого отношенія въ форму контракта оно теряетъ свойство precarium'а [3]). Precaria possessio есть юридическое владѣніе; лицо, передавшее это владѣніе другому, само лишается его; чтобы возвратить его себѣ, оно имѣетъ interdictum uti possidetis или utrubi

---

[1]) Ср. противъ этого § 133 и 134 прим. Въ пользу воззрѣнія Савиньи служитъ и то обстоятельство, что цитированное мѣсто помѣщено въ титулѣ кодекса unde vi. *Прим. изд.*

[2]) Изъ Пандектъ.

[3]) Однако оно впослѣдствіи стало обсуждаться какъ contractus innominalis и лицу, передавшему осуществленіе права, предоставленъ былъ выборъ между интердиктомъ и actio praescriptis verbis. Изъ Пандектъ.

(§ 134), подъ непремѣннымъ однако условіемъ, чтобы оно требовало такого возвращенія не далѣе какъ въ теченіи года; чтобы освободить лицо отъ этого стѣснительнаго ограниченія установленъ inderdictum de pracario, изъятый отъ дѣйствія годичной давности [1]). Отвѣтчикомъ по этому интердикту будетъ то лицо, которое имѣетъ вещь precario, или же, получивъ ее precario, уже утратило ее вслѣдствіе dolus или culpa lata; впослѣдствіи искъ былъ распространенъ на наслѣдниковъ. Предметомъ его служитъ возвращеніе вещи и вознагражденіе за убытки, происшедшіе вслѣдствіе dolus и culpa lata,

V. Juris quasi possessio.

А. Понятіе и объемъ.

§ 137.

Владѣть собственно можно только физическими предметами; владѣніе есть possessio corporis; только по отношенію къ вещамъ возможно понятіе владѣнія. Однако это правило не исключаетъ того, что точно такое же отношеніе къ правамъ считается аналогическимъ владѣнію, quasi possessio, juris quasi possessio.

Здѣсь также разумѣется фактическое отношеніе, заключающееся въ томъ, что дѣйствительное осуществленіе права лицомъ сопровождается для него самостоятельными послѣдствіями, независимо отъ того, обладаетъ ли оно дѣйствительно даннымъ правомъ или нѣтъ. Эти послѣдствія, придающія фактическому осуществленію права характеръ quasi possessio, слѣдующія: возникновеніе права вслѣдствіе акта осуществленія, по аналогіи съ возникновеніемъ права собственности вслѣдствіе пріобрѣтенія владѣнія, – quasi traditio; далѣе предоставленіе actio Publiciana quasi possessor'у, возникновеніе извѣстнаго права вслѣдствіе продолжительнаго и непрестаннаго его осуществленія,—quasi usucapio, наконецъ охраненіе этого осуществленія посредствомъ владѣльческихъ интердиктовъ, по крайней мѣрѣ до окончательнаго разрѣшенія спора о правѣ.

Аналогія между possessio corporis и juris quasi possessio заключается въ слѣдующемъ: какъ физическое владѣніе есть осуществленіе права собственности, независимое отъ сего по-

---

[1]) L. 8. §. 7. D. eod:—cum enim nonnunquam in longum tempus precarium concedatur, absurdum est dicere, interdictum locum non habere post annum. Изъ Пандектъ.

слѣдняго, такъ quasi possessio есть осуществленіе какого-либо другаго права. Corpus истиннаго владѣнія соотвѣтствуетъ акту осуществленія права, который долженъ сопровождаться надлежащимъ animus. Но признаніе такого осуществленія права владѣніемъ возможно только относительно тѣхъ правъ, осуществленіе которыхъ длится въ теченіи извѣстнаго времени (dauernde Ausuebung). Когда полное осуществленіе права представляется моментальнымъ и влечетъ за собой уничтоженіе самаго права, то не можетъ быть и рѣчи о владѣніи; вышеуказанныя послѣдствія даже не мыслимы.

Поэтому невозможно признать владѣніе при осуществленіи обязательствъ. Полное осуществленіе обязательства есть исполненіе его, прекращающее самое право по обязательству. Поэтому, здѣсь не можетъ быть и рѣчи ни о давностномъ пріобрѣтеніи права, ни о владѣльческомъ охраненіи его. Итакъ, весьма ошибались нѣкоторые древніе юристы—практики, признававшіе такое владѣніе при уплатѣ и полученіи процентовъ. Эти дѣйствія представляются не осуществленіемъ обязательства, а лишь признаніемъ его. Съ равнымъ правомъ можно было бы признать лицо собственникомъ только потому, что оно предъявляетъ rei vindicatio. Такое распространеніе понятія владѣнія могло бы быть безгранично, а самый институтъ владѣнія, благодаря ему, сдѣлаться нелѣпостью. Точно также невозможно владѣніе закладнымъ правомъ, полное осуществленіе котораго состоитъ въ продажѣ залога, вслѣдствіе чего уничтожается само закладное право. Залогоприниматель можетъ имѣть только corporis possessio (см. § 125). Такую же corporis possessio имѣетъ и эмфитевторъ, почему нельзя также говорить и о juris possessio эмфитевзисомъ [1]). Нѣкоторые ошибочно признавали такую corporis possessio за суперфиціаріемъ, тогда какъ онъ не можетъ отдѣльно владѣть суперфиціемъ, составляющимъ неразрывную часть почвы (solum) [2]). Если бы мы захотѣли признать за суперфиціаріемъ владѣніе почвою, то этимъ мы безъ всякаго основанія расширили бы его право. (Итакъ собственникъ земли имѣетъ юридическое владѣніе всѣмъ земельнымъ участкомъ и осуществляетъ его посредствомъ суперфиціарія, который фигурируетъ только какъ detentor и juris quasi possessor).

Какъ по римскому, такъ частью по каноническому и германскому правамъ аналогическимъ владѣніемъ признается осуще-

---

[1]) Ср. § 125. прим. 2. стр. 330. *Прим. изд.*

[2]) L. 44. §. 1. D. de O. et A (44.7): si quis dixerit, se solum sine superficie tradere, nihil proficit, quo minis et superficies transeat, quae natura solo cohaeret.

ствленіе слѣдующихъ правъ и охраненіе ихъ посредствомъ владѣльческихъ интердиктовъ.

1) Superficies.

2) Сервитуты. Это — важнѣйшій видъ quasi possessio по римскому праву. Quasi traditio есть преторскій способъ установленія сервитутовъ, предоставляющій управомоченному лицу actio publiciana, возможность давностнаго пріобрѣтенія и владѣльческіе интердикты, которыми охраняется пользованіе сервитутами отъ противозаконныхъ препятствій и тѣмъ самымъ фактическое осуществленіе признается юридическимъ, становится правомъ, наравнѣ съ corporis possessio.

3) Церковная власть (Kirchengewalt),—какъ вообще, такъ и въ отдѣльныхъ ея отрасляхъ.

4) Господская (gutsherrliche) юрисдикція.

5) Вотчинныя повинности (Reallasten)—права на постоянныя дѣйствія (fortdauernde Praestationen), имѣющія частью обязательственный, частью вещный характеръ [3]). Вещное свойство ихъ зависитъ отъ связи съ извѣстными земельными участками, каждый собственникъ которыхъ становится лицомъ управомоченнымъ или обязаннымъ. Обязательственный характеръ этихъ правъ выражается въ томъ, что ихъ содержаніе опредѣляется не одною только вещью, но и дѣятельностью лица обязаннаго, которая притомъ можетъ стоять внѣ всякой связи съ назначеніемъ и свойствами самой вещи, таковы напр. по древне-германскому феодальному праву: барщина (Frohnden), которую обязанъ былъ нести собственникъ извѣстнаго участка земли по отношенію къ собственнику цѣлаго имѣнія, проценты со стоимости земли (Grundzinsen), *вассальныя права* (Bannrechte), состоящія въ томъ, что обязанное лицо должно обращаться за удовлетвореніемъ извѣстныхъ потребностей (часто вполнѣ личныхъ) только къ лицу управомоченному, а не къ кому-либо другому. Или же эти права выходятъ за предѣлъ того, что можетъ доставить (Leistung) самая вещь, напр. десятина (Zehnten), даваемая отъ плодовъ, получаемыхъ отъ вещи вслѣдствіе труда ея владѣльца. Указанными свойствами означенныя права отличаются отъ сервитутовъ вообще; въ особенности же они отличаются отъ личныхъ сервитутовъ тѣмъ, что не ограничиваются однимъ лицомъ, а отъ вещныхъ — что не находятся въ

---

[3]) Противъ этого, признаннаго также Ейхгорномъ, Einl. in das deutsche Priv. Recht. § 162, субъективно-вещнаго характера вотчинныхъ повинностей см. Gerber, System des deutsch. Priv. R. § 168, прим 1, § 167, прим. 2. Савиньи, Obligationenrecht, т. I, (1851) стр. 134.

Прим. изд.

необходимой связи съ свойствами извѣстнаго земельнаго участка. Вотчинныя повинности представляются важнѣйшимъ предметомъ quasi possessio по германскому праву

В. Пріобрѣтеніе и потеря quasi possessio.

§ 138.

Пріобрѣтеніе quasi possessio опредѣляется аналогически съ пріобрѣтеніемъ corporis possessio. Оно состоитъ въ соединеніи обоихъ составныхъ элементовъ владѣнія въ лицѣ пріобрѣтателя: apprehensio и animus. Первый элементъ—завладѣніе—есть внѣшній актъ осуществленія, второй—воля, направленная на осуществленіе права, не одно предположеніе обладанія правомъ, а самое присвоеніе его, будетъ ли оно bona или mala fide—все равно [1]). Когда идетъ напр. рѣчь о quasi possessio какого-либо права напр. прохода или проѣзда, то apprehensio будетъ заключаться въ дѣйствительномъ осуществленіи этого права, animus же—въ утвержденіи, что право принадлежитъ именно мнѣ.

Независимо отъ этого общаго принципа, пріобрѣтеніе различныхъ правъ совершается однако различнымъ образомъ на томъ основаніи, что самое осуществленіе ихъ происходитъ различно.

1) Для полнаго осуществленія нѣкоторыхъ правъ необходима detentio. Въ этомъ случаѣ quasi possessio пріобрѣтается посредствомъ соединеннаго съ animus захвата естественнаго владѣнія вещью. Это бываетъ при superficies и личныхъ сервитутахъ.

2) Въ нѣкоторыхъ правахъ осуществленіе состоитъ въ совершеніи извѣстнаго дѣйствія или въ возведеніи какой-либо постройки, напр. servitus tigni immittendi, projectio и пр. Владѣніе такимъ правомъ пріобрѣтается вслѣдствіе совершенія означенныхъ дѣйствій съ надлежащимъ animus. Это бываетъ при положительныхъ вещныхъ сервитутахъ и при господской юрисдикціи.

3) Въ нѣкоторыхъ правахъ, обусловливающихъ какое-либо отрицательное дѣйствіе лица (Unterlassen), въ отрицательныхъ сервитутахъ,—осуществленіемъ будетъ несовершеніе чего-либо такого, на что лицо, при отсутствіи сервитута, имѣло бы право. Но такъ какъ простое несовершеніе чего-либо не есть та-

---

[1]) L. ult. D. quemadm. servit. (8, 6). L. 7. D. de itin. (43, 19).

кой актъ, въ которомъ можетъ отразиться animus possidendi лица, потому что это несовершеніе могло имѣть причины, независимыя отъ существованія сервитута, напр. altius non tollere, то къ отрицательному дѣйствію долженъ присоединиться актъ, служащій выраженіемъ воли лица (animus), вслѣдствіе чего дѣйствіе представится въ то же время признаніемъ извѣстнаго права за лицомъ управомоченнымъ. При этомъ возможны два случая: a) запрещеніе совершенія такого дѣйствія, которое хотѣло предпринять лицо, обязанное по сервитуту, и дѣйствительное несовершеніе его вслѣдствіе запрещенія субъэкта. Этотъ случай впрочемъ мыслимъ только при попыткѣ лица обязаннаго совершить извѣстное дѣйствіе; b) заявленіе лица обязаннаго лицу управомоченному о намѣреніи не совершать извѣстныхъ дѣйствій и принятіе послѣднимъ этого заявленія. Другими словами, владѣніе пріобрѣтается посредствомъ той юридической сдѣлки, которою установляется сервитутъ. Здѣсь можетъ родиться сомнѣніе относительно того, возможно ли владѣніе безъ права, такъ какъ владѣніе возникаетъ вмѣстѣ съ самимъ правомъ и одновременно пріобрѣтается извѣстное право и владѣніе имъ. Однако владѣніе сервитутомъ возможно и помимо права, вполнѣ независимо отъ него, такъ какъ напр. сервитутъ можетъ быть установленъ несобственникомъ вещи, вслѣдствіе чего субъэктъ сервитута получитъ владѣніе имъ, а не право на сервитутъ. Въ этомъ случаѣ quasi possessio также нужно считать пріобрѣтенною потому, что animus лица опредѣленно выразился во внѣ.

4) Относительно правъ, обязывавшихъ лицо къ извѣстнымъ дѣйствіямъ въ пользу субъэкта ихъ, относительно вотчинныхъ повинностей [1]) слѣдуетъ сказать, что въ совершеніи этихъ дѣйствій и состоитъ осуществленіе а вмѣстѣ съ тѣмъ и apprehensio владѣнія. Владѣніе пріобрѣтено уже въ томъ случаѣ, когда дѣйствіе совершено одною стороной какъ обязанность и принято другою какъ право; когда же я напр. одолжилъ кому-либо изъ любезности свою телѣгу или отдалъ ее ему внаймы, то принявшій ее вовсе не пріобрѣлъ quasi possessio.

5) Въ вассальныхъ правахъ къ положительному дѣйствію приходитъ дѣйствіе отрицательное, такъ какъ они заключаютъ въ себѣ обязанность получать все необходимое для удовлетворенія извѣстныхъ потребностей отъ субъэкта права, а не отъ другихъ лицъ. Поэтому пріобрѣтеніе владѣнія такими правами опредѣляется тѣми же самыми основными началами, ко-

---

[1]) Ср § 137, прим. 3. *Прим. изд.*

торыя мы установили для отрицательныхъ сервитутовъ. Простаго прекращенія полученія нужныхъ предметовъ отъ другихъ —недостаточно, но необходимо еще положительное дѣйствіе, которымъ бы ясно выражался во внѣ animus: запрещеніе и исполненіе, заявленіе и принятіе.

Потеря quasi possessio совершается вслѣдствіе прекращенія внѣшняго дѣйствія или воли (animus). Animo оно происходитъ вслѣдствіе отказа отъ владѣнія (все равно будетъ или не будетъ при этомъ продолжаться внѣшній фактъ осуществленія). По отношенію же къ corpus потеря quasi possessio не обусловливается простымъ неосуществленіемъ ея, такъ какъ вовсе не требуется, чтобы продолжалось то положеніе вещей, которое было въ моментъ apprehensio; владѣніе прекращается только вслѣдствіе невозможности для лица — произвольно стать въ означенное положеніе. Укажемъ примѣненіе этого общаго принципа къ отдѣльнымъ случаямъ.

1) Въ личныхъ сервитутахъ и въ superficies владѣніе утрачивается вслѣдствіе потери detentio вещи т. е. вмѣстѣ съ потерей возможности произвольнаго воздѣйствія на вещь—съ цѣлью осуществленія означенныхъ правъ. Продолженіе владѣнія возможно посредствомъ представителей (впрочемъ настолько, насколько законъ въ данныхъ случаяхъ допускаетъ представительство).

2) Владѣніе реальными сервитутами, уполномочивающими субъэкта ихъ на извѣстныя дѣйствія, продолжается не только посредствомъ совершенія такихъ дѣйствій по отношенію къ praedium dominans со стороны каждаго лица, предпринимающаго ихъ именно для этого участка, но и помимо такихъ дѣйствій—до тѣхъ поръ, пока самый актъ quasi possessio сдѣлается невозможнымъ, напр. вслѣдствіе какого-либо препятствія, къ устраненію котораго владѣлецъ не приметъ никакихъ мѣръ. Впрочемъ, во всякомъ случаѣ для дѣйствительности владѣнія, какъ длящагося состоянія, необходимо не только удержаніе его, т. е. чтобы оно не было такъ или иначе утрачено (Nichtverlust), но и дѣйствительное осуществленіе (хотя бы и прерывавшееся; поэтому слѣдуетъ отличать прерывавшееся осуществленіе отъ прерывавшагося владѣнія), напр. при usucapio см. § 160, и при интердиктахъ—см. § 139.

Тоже должно сказать и о юрисдикціонныхъ правахъ.

3) Владѣніе вещнымъ сервитутомъ, управомочивающимъ лицо на возведеніе извѣстнаго сооруженія, продолжается при наличности владѣнія самимъ praedium dominans вмѣстѣ съ означеннымъ сооруженіемъ; утрачивается же оно вслѣдствіе потери владѣнія главнымъ участкомъ и при такомъ уничтоженіи соору-

женія, что немедленное возстановленіе его уже не зависитъ отъ произвола владѣльца.

4) Потеря отрицательныхъ вещныхъ сервитутовъ происходитъ вслѣдствіе совершенія извѣстнаго дѣянія или возведенія извѣстнаго сооруженія постороннимъ лицомъ, если притомъ владѣлецъ тотчасъ же не обезпечитъ себя отъ потери владѣнія посредствомъ владѣльческихъ интердиктовъ. Кромѣ того оно прекращается вслѣдствіе потери владѣнія главнымъ земельнымъ участкомъ.

5) Владѣніе вотчинными повинностями не утрачивается вслѣдствіе простаго неисполненія ихъ лицомъ обязаннымъ, а лишь вслѣдствіе такого уклоненія этого лица, которое соединено съ заявленіемъ о свободности его отъ означенныхъ обязанностей, притомъ же если владѣлецъ не употребитъ тотчасъ владѣльческихъ интердиктовъ для удержанія владѣнія.

С. Охраненіе quasi possessio.

§ 139.

Послѣдствіями quasi possessio служатъ 1) actio Publiciana, въ случаѣ quasi traditio, 2) давностное пріобрѣтеніе права и 3) владѣльческіе интердикты. Можно было бы думать, что защита посредствомъ интердиктовъ дается не всѣмъ правамъ, относительно которыхъ мыслимо владѣніе, что такая защита невозможна въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣтъ особенной потребности дать праву, кромѣ исковаго, еще владѣльческое охраненіе. Но по нынѣ дѣйствующему праву всѣ случаи quasi possessio охраняются владѣльческими интердиктами, хотя не непремѣнно интердиктами recuperandae possessionis, такъ какъ условія этихъ послѣднихъ не всегда примѣнимы.

Interdicta retinendae possessionis.

1) Существуютъ вещные сервитуты, владѣніе которыми входитъ въ составъ владѣнія главнымъ строеніемъ и содержаніе которыхъ должно считаться свойствомъ этого послѣдняго, напр. servitus tigni, oneris, projiciendi, fumum immittendi и пр. Препятствованіе ихъ осуществленію является поэтому нарушеніемъ владѣнія самимъ строеніемъ, нарушеніемъ corporis possessio. Лицо, препятствующее мнѣ пользоваться даннымъ сервитутомъ, препятствуетъ мнѣ вполнѣ пользоваться моимъ домомъ въ томъ видѣ, въ какомъ онъ находится въ настоящее время. Поэтому, при нарушеніи такого рода необходимо употребить интердиктъ uti possidetis, вытекающій изъ corporis pos-

sessio, и нѣтъ основанія къ существованію какого-либо особаго интердикта, вытекающаго изъ quasi possessio.

Примѣненіе въ указанномъ случаѣ интердикта uti possidetis есть дѣло внутренней необходимости и мы должны признать его, хотя бы о томъ ни слова не упоминалось въ положительномъ правѣ; оно вытекаетъ изъ свойствъ означенныхъ сервитутовъ, изъ свойствъ владѣнія и изъ природы самаго интердикта.

Поэтому нельзя не признать слишкомъ поспѣшнымъ заключеніе Вангерова [1]), называющаго это примѣненіе противнымъ гражданскому праву (uncivilistisch). Вангеровъ основывалъ свое мнѣніе на томъ соображеніи, что существенной цѣли интердикта, заключающейся въ опредѣленіи ролей сторонъ при спорѣ о правѣ (petitorium), не имѣется у всѣхъ вещныхъ сервитутовъ, потому что actio confessoria не зависитъ отъ владѣнія. Это мнѣніе не вѣрно по слѣдующимъ тремъ основаніямъ: 1) указанная цѣль интердикта не есть существенная и необходимая; интердиктъ одинаково примѣняется ко всѣмъ тѣмъ случаямъ, когда вовсе нѣтъ и рѣчи о petitorium'ѣ; 2) въ спорѣ о сервитутѣ искъ можетъ быть также предъявленъ владѣльцемъ, хотя онъ вовсе не обязанъ предъявлять его; посредствомъ же интердикта онъ можетъ доставить себѣ преимущество вступленія въ споръ въ качествѣ отвѣтчика, и 3) онъ еще можетъ доставить себѣ ту особенную выгоду, что удержитъ за собой осуществленіе своего права во время процесса о petitorium'ѣ. Всѣ эти выгоды нигдѣ не обусловливаютъ такой настоятельной необходимости примѣненія владѣльческихъ способовъ охраненія (интердиктовъ), какъ въ сервитутахъ, что очевидно всякому, имѣющему хотя нѣкоторую долю практической опытности. Вангерову уже потому слѣдовало бы не высказывать указаннаго мнѣнія, что съ равною основательностью можно говорить о негодности интердикта uti possidetis для охраненія ususfructus'а Это мнѣніе основано на смѣшеніи вышеуказаннаго правильнаго взгляда съ стариннымъ заблужденіемъ, допускавшимъ примѣненіе интердикта uti possidetis ко всѣмъ вещнымъ сервитутамъ вообще.

Какъ же разрѣшается этотъ вопросъ въ положительномъ правѣ? Въ L. 8. §. 5. D. si serv. [2]) выражено то же правило, которое мы вывели выше изъ внутреннихъ началъ. Непонят-

---

[1]) Leitfaden f. Pandecten Vorl т. 1, § 355.

[2]) L. 8. § 5. D. si serv. (8,8) agique sic posse cum eo, qui fumum immitat, jus ei non esse fumum immittere. Ergo per contrarium agi poterit, jus esse fumum immittere, quod et ipsum videtur Aristo probare. sed et interdictum uti possidetis poterif locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti.

нымъ представляется мнѣніе Вангерова, будто заключительныя слова цитаты не должны быть относимы къ спору о сервитутѣ, составляющему содержаніе всей цитаты (такъ какъ здѣсь вставлены только слова quod et ipsum videtur Aristo probare). Еще болѣе подкрѣпляетъ наше воззрѣніе L. 3. §. 6. D. uti poss. [3]), которую Вангеровъ вовсе упустилъ изъ вниманія, хотя въ пользу своего мнѣнія сослался на предшествующее законоположеніе [4]). Онъ утверждаетъ, что въ этомъ послѣднемъ высказано правило, будто не можетъ быть и спора о томъ, quis. possessor projectionis sit потому, что интердиктъ uti possidetis не примѣняется. Мы не будемъ опровергать это мнѣніе, а только посовѣтуемъ читателю сравнить это съ текстомъ, напечатаннымъ ниже въ примѣчаніи.

Здѣсь мы видимъ только постановленіе о недѣйствительности интердикта въ нѣкоторыхъ случаяхъ, utrique esse inutile. Юристъ не могъ бы употребить это выраженіе, если бы къ данному случаю вовсе не примѣнялся интердиктъ uti possidetis [5])-

2) Существуютъ права, владѣніе которыми заключается въ detentio вещи—личные сервитуты и superficies. Къ нимъ былъ примѣненъ interdictum uti possidetis (или utrubi), который узуфруктуарій основываетъ на своей quasipossessio подобно тому, какъ собственникъ основываетъ его на своей corporis

---

[3]) L. 3. §. 6. D. uti poss. (43,17): Labeo quoque scribit: Ex aedibus meis in aedes tuas projectum habeo: interdicis mecum. si eum locum possideamus, qui projecto tegetur. An (читай aut или at) – quo facilius possim retinere possessionem ejus projectionis, interdico tecum: sicuti (читай tecum sic: Uti) nunc possidetis eas aedes, ex quibus projectum est .

[4]) L. 3. § 5. D. eod.: Item videamus, si projectio supra vicini solum non jure haberi dicatur, an interdictum Uti possidetis sit utile alteri adversus alterum. Et est apud Cassium relatum, utrique esse inutile, (utile?) quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem.

[5]) Вангер въ, Leitfaden I (1851), стр 893, возражаетъ, что нельзя считать вопросъ предложенный Лабеономъ разрѣшеннымъ утвердительно, такъ какъ уже слова Labeo quoque scribit показываютъ, что Ульпіанъ не хотѣлъ привести здѣсь противорѣчащаго мнѣнія Лабеона. Они скорѣе доказываютъ, что Лабеонъ вполнѣ согласенъ съ Кассіемъ и что поэтому въ § 5 дѣйствительно слѣдуетъ, подобно Кузацію, читать utrique esse utile. Ульпіанъ сомнѣвается въ томъ: не потому-ли непримѣнимъ интердиктъ uti possidetis, что superficies solo cedit? Такое сомнѣніе онъ считаетъ основательнымъ при вопросѣ о надстройкѣ, не имѣющей особаго хода (§. 7) и неосновательнымъ при вопросѣ о coenaculum съ особымъ ходомъ, а тѣмъ болѣе при вопросѣ о projectio, доступной только со стороны главнаго дома. (§ 5. 6). Эта связь между 5, 6 и 7 §§. L. 3. cit., упущенная изъ виду Вангеровымъ, доказываетъ 1) что вопросъ Лабеона (если только это вопросъ) Ульпіаномъ разрѣшенъ утвердительно и 2) что примѣнимость интердикта uti possidetis къ положительнымъ домовымъ сервитутамъ вездѣ сама собою предполагается.

Прим. изд.

possessio. Такимъ образомъ является интердиктъ uti possidetis и utrubi, *распространенный* на quasi possessio и тѣмъ отличающійся отъ интердикта, указаннаго въ 1 рубрикѣ. Для охраны владѣнія суперфиціемъ существуетъ особый интердиктъ de superficie, который впрочемъ обсуждается точно также, какъ interdictum uti possidetis.

3) Для охраненія владѣнія вещными сервитутами, осуществленіе которыхъ состоитъ изъ отдѣльныхъ дѣйствій, servitutes praediorum rusticorum, не можетъ быть примѣненъ интердиктъ uti possidetis a) ни въ томъ видѣ, въ какомъ онъ дается для сервитутовъ praediorum urbanorum, потому-что владѣніе сельскимъ сервитутомъ не находится въ такой тѣсной связи съ владѣніемъ главнымъ земельнымъ участкомъ, чтобы можно было сказать, что лицо, сервитутъ котораго нарушенъ, потерпѣло вслѣдствіе этого нарушеніе corporis possessio, b) ни въ томъ видѣ, въ какомъ онъ дается личнымъ сервитутамъ, т. е. посредствомъ простаго перенесенія. Особенность здѣсь заключается въ томъ, что вопросъ о настоящемъ владѣніи требуетъ особаго разрѣшенія, потому-что осуществленіе владѣнія въ данномъ случаѣ прерывается, а не представляется непрерывнымъ, какъ при владѣніи вещами. Если бы побѣда должна была оставаться только за тѣмъ лицомъ, которое напр. въ данный моментъ проходитъ по участку земли, то споръ не разрѣшится ни въ чью пользу, такъ какъ при требованіи интердикта это лицо уже по необходимости должно сойти съ своего земельнаго участка. Поэтому слѣдуетъ разрѣшать не вопросъ: кто въ данный моментъ владѣетъ, а вопросъ о томъ, кто долженъ *считаться* настоящимъ владѣльцемъ, вслѣдствіе чего представляется необходимость въ особыхъ интердиктахъ. Обыкновенное мнѣніе, будто къ разсматриваемому случаю примѣняется интердиктъ uti possidetis, совершенно ошибочно.

Римляне установили особые интердикты для дорожныхъ и водныхъ сервитутовъ: interdictum de itinere actuque privato, interdictum de aqua (названный по исправленіи int. de rivis), de fonte (de fonte reficiendo). Интердиктъ de itinere recifiendo вполнѣ основательно признается невладѣльческимъ (см. ниже § 400). Для остальныхъ вещныхъ сервитутовъ въ Римскомъ правѣ нѣтъ интердиктовъ, если же таковые и были, то навѣрное особые, а не interdictum uti possidetis.

Чѣмъ объясняется это ограниченіе? При установленіи его имѣлась въ виду та выгода, которая доставляется интердиктомъ, именно—защита осуществленія сервитута до разрѣшенія спора о правѣ. Такая защита необходима въ тѣхъ случаяхъ, когда безъ нея стѣснялось бы земледѣліе. У Римлянъ же таки-

ми случаями были всѣ вышеуказанные сервитуты; охрана же остальныхъ сервитутовъ напр. servitus arenae fodiendae, calcis coquendae и пр. не считалась необходимою.

Теперь обратимся къ теоріи вышеозначенныхъ интердиктовъ— какъ общей, такъ и спеціальной для каждаго вида ихъ.

1) Всѣ эти интердикты предполагаютъ существованіе юридическаго владѣнія.

2) Наличность владѣнія извѣстнымъ правомъ признается уже въ томъ случаѣ, когда будетъ доказано осуществленіе этого права въ теченіи года, предшествующаго предъявленію иска. При interdictum de aqua aestiva срокъ этотъ продолженъ въ пользу истца, вслѣдствіе принятія въ разсчетъ осуществленія права въ послѣднее и даже въ предпослѣднее лѣто. Когда будетъ доказано, что причиною неосуществленія права послужило какое-либо внѣшнее препятствіе, то обращается вниманіе и на прошлый годъ. Притомъ преемникъ вправѣ присчитать себѣ все время осуществленія права своего auctor'a.

При интердиктахъ de aqua и de fonte достаточно однократнаго осуществленія права въ теченіи года; впрочемъ такая свобода ограничивается необходимостью наличности bona fides; иначе говоря, доказанная mala fides препятствуетъ дѣйствительности означенныхъ интердиктовъ.

При interdictum de itinere необходимо болѣе частое осуществленіе потому, что оно представляется весьма простымъ, не требующимъ никакихъ подготовительныхъ сооруженій и проходящимъ почти безслѣдно, тогда какъ осуществленіе права по воднымъ сервитутамъ предполагаетъ необходимость извѣстныхъ сооруженій, которыя уже сами по себѣ представляются чѣмъ-то длящимся, существующимъ большее или меньшее время, и сопровождается всегда какими-нибудь характеристичными, замѣтными дѣйствіями.—Сколько разъ должно повторяться осуществленіе? Разрѣшеніе этого вопроса предоставлено усмотрѣнію судьи, съ однимъ впрочемъ ограниченіемъ: оно должно продолжаться modicum tempus, не менѣе 30 дней. Попытки иначе объяснить законоположеніе, которымъ назначенъ этотъ срокъ [1]),

---

[1]) L. 1. §. 2. D. de itin. (43,19.):—si modo anno usus est, vel modico tempore, i. e. non minus quam triginta diebus. Слова vel modico temrpore и проч. означаютъ: въ теченіи не менѣе 30 дней. Альтгофъ, interd de it. actuque priv. 1836, переводитъ слово vel союзомъ „или"; Вангеровъ, Leitfaden I. § 355, принимая оное не въ раздѣлительномъ смыслѣ, правильнѣе переводитъ его словами „по крайней мѣрѣ"; впрочемъ оба они одинаково объясняютъ эту цитату слѣдующимъ образомъ: необходимо нѣсколько дѣйствій, между которыми должно пройти не болѣе 30 дней. Въ этомъ смыслѣ пришлось бы вмѣсто слова diebus употребить dierum. *Прим. изд.*

немыслимы. Однако мы должны ограничить примѣненіе этого срока только тѣми дорожными сервитутами, пользованіе которыми можетъ происходить въ теченіи цѣлаго года, а не какой-либо части его, напр. времени жатвы.

3) Exceptio vitiosae possessionis [1]) можетъ быть допущена только въ томъ случаѣ, когда дѣйствія, посредствомъ которыхъ осуществляется право и которыя истецъ полагаетъ въ основаніе своего иска, совершены vi, clam или precario; но она отнюдь не можетъ имѣть мѣста по какимъ-либо другимъ недостаткамъ осуществленія права.

Въ настоящее время существуетъ потребность въ допущеніи владѣльческихъ интердиктовъ и для другихъ сервитутовъ, напр. для права выгона (Weiderecht), играющаго теперь весьма важную роль, тогда какъ оно едва было упоминаемо въ римскомъ правѣ (вѣроятно потому, что потребности въ выгонахъ удовлетворяли общественныя, государственныя земли). Какъ же должно быть организовано охраненіе владѣнія этими сервитутами? По аналогіи съ римскими сервитутными интердиктами, т. е. для охраненія ихъ необходимо юридическое владѣніе и осуществленіе его въ теченіи послѣдняго года; противъ послѣдняго допускается exceptio vitiosae possessionis. Затѣмъ уже отъ свойствъ даннаго сервитута будетъ зависѣть аналогическое примѣненіе интердиктовъ, существовавшихъ для aqua, iter и actus.

Владѣніе вотчинными повинностями считается существующимъ, когда доказано осуществленіе ихъ въ теченіи послѣдняго времени, напр. уплата десятины въ послѣдній срокъ; если же повинность не опредѣлена подобно десятинѣ особыми сроками, то слѣдуетъ принимать въ разсчетъ цѣлый годъ. Безъ сомнѣнія, достаточно однократнаго осуществленія права, такъ какъ для этого необходимо не одностороннее дѣйствіе, а извѣстная дѣятельность обоихъ лицъ.

Interdicta recuperandea possessionis.

По римскому праву эти интердикты даются только для защиты владѣнія тѣми правами, которыя связаны съ держаніемъ вещи—именно личныхъ сервитутовъ и superficies. Такъ какъ тутъ возможна dejectio, то и допускается interdictum de vi, для котораго преторъ, по примѣненію къ usufructus, давалъ особую формулу vi prohiberi uti frui. Но этотъ интердиктъ

---

[1]) Изъ Пандектъ.

не давался для охраны другихъ правъ, quia nemo de mero jure detruditur. Нѣкоторые хотѣли примѣнить actio spolii къ остальнымъ правамъ, тогда какъ на самомъ дѣлѣ нѣтъ никакой необходимости давать имъ владѣльческія средства охраненія съ возстановляющимъ характеромъ.

Interdictum de precario предполагаетъ отчуждаемость права, такъ какъ перенесеніе юридической quasi possessio на другое лицо возможно только при этомъ условіи. Поэтому интердиктъ этотъ можетъ имѣть мѣсто только при superficies. Онъ допускается впрочемъ и для новѣйшихъ правъ подъ тѣмъ же условіемъ. Необходимо отличать отъ него даваемое собственникомъ прекарное разрѣщеніе пользованія извѣстнымъ правомъ, къ которому относится exceptio precariæ possessionis противъ quasipossessor'a, еслибы этотъ послѣдній вздумалъ воспользоваться противъ собственника какимъ-либо интердиктомъ retinendae possessionis.

КНИГА V.

ВЕЩНЫЯ ПРАВА.

ГЛАВА I.

ОБЩІЯ ПОНЯТІЯ.

Вещныя права.

§ 140 [1]).

Подобно дѣленію исковъ на вещные и личные—in rem и in personam, было принято дѣленіе всѣхъ правъ на два класса, причемъ вещнымъ искамъ должны были соотвѣтствовать вещныя права, actiones in rem—jura in rem. Подъ именемъ вещныхъ правъ (dingliche Rechte) здѣсь разумѣлись всѣ права—за исключеніемъ обязательствъ, вслѣдствіе чего самое понятіе вещныхъ правъ лишилось всякаго значенія для системы права. Но изъ числа этихъ jura in rem выдѣляются такія

---

[1]) Этотъ § имѣетъ существенное значеніе для германскаго права, въ которомъ термины Rechte an Sachen и dingliche Rechte породили множество ошибочныхъ воззрѣній вслѣдствіе того, что многія основныя правила, относящіяся къ вещнымъ правамъ въ особенности (Rechte an Sachen), были примѣняемы къ вещнымъ правамъ вообще (dingliche Rechte); у насъ же существуетъ одинъ терминъ—вещныя права—для обозначенія всѣхъ правъ, объектомъ которыхъ служитъ res—вещь; для обозначенія же тѣхъ особыхъ правъ, объектомъ которыхъ служитъ вещь, составляющая въ то же время собственность другаго лица, служитъ терминъ—права на чужую вещь.

Прим. перев.

права, которыя непосредственно относятся къ вещи и содержаніе которыхъ составляетъ юридическое подчиненіе вещи лицу; они образуютъ особый, развѣтвляющійся внутри, но замкнутый извнѣ, классъ правъ—вещныя права въ особенности, обозначаемый терминами Rechte an Sachen, jura in re [1]). Такихъ правъ пять: право собственности, эмфитевзисъ (emphyteusis), superficies, закладное право и сервитуты.

Классификація вещныхъ правъ.

§ 141. [2]).

Общимъ свойствомъ всѣхъ вещныхъ правъ вообще является юридическая власть надъ вещью. Отсюда конечно слѣдуетъ, что они не могутъ направляться противъ извѣстнаго лица и что ихъ охраняютъ всегда вещные, а не личные иски; этимъ послѣднимъ свойствомъ отличаются они впрочемъ только отъ обязательственныхъ, а не отъ всѣхъ остальныхъ правъ. Власть надъ вещью, предоставляемая лицу вещнымъ правомъ вообще, мыслима двоякою—полною (totale Macht) и частичною (partielle). Первая составляетъ право собственности, rerum dominium, dominium въ особенномъ смыслѣ. Вторая же власть ограничивается одною какою-либо стороною или однимъ свойствомъ вещи; она допускаетъ одновременное бытіе чужаго права собственности на ту же вещь—это есть право на чужую вещь, jus in re aliena, и такимъ образомъ является ограниченіемъ права собственности. Содержаніе такого jus in re составляетъ (полное или частичное) пользованіе вещью, предоставленное либо опредѣленному субъекту—при сервитутѣ, либо безъ такого ограниченія—при superficies и emphyteusis, или же продажная цѣна вещи—при pignus. Такъ-какъ право собственности есть полное владычество надъ вещью и заключаетъ въ себѣ совокупность всѣхъ отдѣльныхъ правъ на нее, то слѣдуетъ всякое jus in re считать образовавшимся изъ элементовъ права собственности, отдѣленныхъ отъ него, предоставленныхъ не собственнику и сдѣлавшихся вслѣдствіе этого самостоятельными правами; въ связи же съ правомъ собственности они входятъ въ составъ его содержанія и потому для соб-

---

[1]) Латинское выраженіе jura in re обыкновенно не употребляется въ такомъ общемъ смыслѣ, а служитъ лишь для выраженія правъ на вещь, существующихъ помимо права собственности—jura in re aliena.

Изъ Пандектъ.

[2]) Изъ Пандектъ.

ственника не имѣютъ характера отдѣленныхъ правъ. Отъ того самое возникновеніе такихъ jura in re aliena необходимо предполагаетъ существованіе права собственности: но если уже разъ право на чужую вещь возникло, то оно не прекращается вслѣдствіе того, что вещь лишается собственника, становится безхозяйною. Но съ другой стороны, эти jura in re должны считаться суррогатами права собственности, имѣющими кромѣ ограничивающаго значенія также значеніе охранительное (conservativen Einflusz) вслѣдствіе того, что они уменьшаютъ число поводовъ къ прекращенію права собственности. При взглядѣ на дѣло съ такой точки зрѣнія, окажется, что по содержанію права собственности къ нему ближе всего стоятъ superficies и emphyteusis (которые поэтому прежде ошибочно признавались особыми видами права собственности), затѣмъ къ нему примыкаетъ закладное право и наконецъ уже сервитуты. Это же подтверждается и соотвѣтствующими этимъ правамъ исками, которыми для первыхъ трехъ видовъ jura in re aliena является, какъ и въ правѣ собственности,—виндикація вещи, actio in rem corporalem, а для сервитутовъ—actio in rem incorporalem—vindicatio servitutis, petitio juris [1]). Впрочемъ jura in re и во многихъ другихъ отношеніяхъ, кромѣ непосредственной защиты путемъ in rem actio, сравнены, какъ мы ниже увидимъ, съ правомъ собственности.

Jura in re aliena, хотя и производныя отъ права собственности, независимы однако отъ продолжительности бытія этого права. Послѣ юридически-дѣйствительнаго возникновенія ихъ, удержаніе извѣстнымъ лицомъ права собственности на вещь, или переходъ этого права (посредствомъ succesio, или иначе) къ другому лицу—не имѣетъ значенія для jus in re. Впрочемъ это правило допускаетъ отступленіе для тѣхъ случаевъ, когда право, изъ котораго возникли права на чужую вещь, само по себѣ отмѣняемо, revacabel.

Отмѣняемость (Revocabilitaet) вещныхъ правъ.

§ 142.

Отмѣняемыми [2]) называются такія права, продолжительность которыхъ (сама по себѣ и по ихъ природѣ—неограниченная),

---

[1]) Съ другой точки зрѣнія закладное право отличается отъ всѣхъ остальныхъ вещныхъ правъ тѣмъ, что цѣль его заключается не въ немъ самомъ, и потому оно не имѣетъ самостоятельнаго бытія, а мыслится только какъ дополненіе къ другому праву—къ обязательству, которое, благодаря закладу, должно получить большую прочность. Изъ Пандектъ.

[2]) Изъ Пандектъ.

поставлена въ зависимость отъ какого-либо условія, или отъ извѣстнаго опредѣленія времени. Такимъ образомъ сюда относится право собственности, котораго бытіе, въ сущности неограниченное, можетъ подлежать ограниченію только вслѣдствіе произвола частныхъ лицъ. Но къ отмѣняемымъ правамъ не могутъ быть отнесены личные сервитуты, существованіе которыхъ и безъ того ограничено однимъ лицемъ,—если только къ нимъ не присоединено никакого другаго произвольнаго ограниченія. Выражаясь точнѣе, право становится отмѣняемымъ вслѣдствіе назначенія резолютивнаго условія, или срока для его прекращенія (Endtermin). Какое же вліяніе имѣетъ отмѣняемость 1) на самое право—a) до наступленія условія или срока b) по наступленіи того или другаго, и 2) на другія права, производныя отъ него.

1) Дѣйствіе отмѣняемости на право до наступленія прекращающаго обстоятельства не выражается ничѣмъ: право также полно, какъ будто оно вовсе и не подлежитъ прекращенію. Поэтому если условлено, что право должо перейти къ другому лицу, то это послѣднее до наступленія условія не имѣетъ ни малѣйшаго права на вещь [1]).

2) Дѣйствіе отмѣняемости на право по наступленіи прекращающаго обстоятельства.

a) *Формальное* дѣйствіе. При разрѣшеніи вопроса о томъ, прекращается ли право ipso jure при наступленіи означеннаго обстоятельства, или же возникаетъ только право на прекращеніе даннаго отношенія и на возвращеніе вещи, слѣдуетъ различать прекращеніе права по условію или вслѣдствіе наступленія срока. Наступленіе резолютивнаго условія прекращаетъ право ipso jure, такъ что право собственности прямо возвращается къ тому лицу, которое передало его подъ условіемъ (Ertheiler); въ моментъ наступленія условія оно уже считается собственникомъ и потому имѣетъ rei vindicatio, а не личный искъ о возращеніи права. Конечно, оно, буде пожелаетъ, можетъ воспользоваться и искомъ по договору, впрочемъ въ томъ только случаѣ, если условіе назначено въ договорѣ; напр вещь продана и передана покупателю, при чемъ резолютивнымъ условіемъ поставлено, чтобы покупатель уплатилъ цѣну продажи въ опредѣленный срокъ. Въ случаѣ неуплаты, условіе должно быть признано наступившимъ и продавецъ можетъ обратиться съ виндикаціей противъ каждаго лица, обладающаго его вещью, но можетъ также посредствомъ actio venditi обратить-

---

[1]) Ср. въ особенности L. 3. C. de pact. inter emt. (4,54).

ся къ покупателю съ требованіемъ уплаты. Такое прямое возвращеніе права прежнему субъекту его вытекаетъ изъ самой природы условія и кромѣ того самымъ несомнѣннымъ образомъ выражено въ положительномъ законодательствѣ [1]). Постановленіями его доказывается, что различіе употребленныхъ при сдѣлкѣ словъ не имѣетъ важнаго значенія, какъ это думали нѣкоторые древніе юристы, напр. inemtus fieret и inemtus sit (именно они утверждали, что если контрагенты употребили слова fundus inemtus sit., то сдѣлка ихъ при наступленіи условія становится ничтожною ipso jure и продавецъ имѣетъ rei vindicatio; если бы они употребили слова inemtus fiat, то продавцу принадлежалъ бы только личный искъ); употребленіе въ сдѣлкѣ такъ называемыхъ verba directa [2]) или indirecta [3]) не имѣетъ никакого значенія, такъ какъ важно самое намѣреніе сторонъ назначить или не назначать условія. Указанное мнѣніе возникло вслѣдствіе стремленія устранить мнимое противорѣчіе означенной цитаты съ L. 3. C. de pact. inter emt. [4]), въ которой идетъ рѣчь не о послѣдствіяхъ наступленія условія, а о положеніи дѣла до такого наступленія [5]). Существовало впрочемъ еще болѣе ошибочное мнѣніе [6]), которое теперь

---

[1]) L. 41. pr. D. de R. V. (6,1.): si quis hac lege emerit, ut si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emtione, post allatam conditionem jam non potest in rem actione uti. Sed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam adjectio sit facta, uti in rem actione potest, postea non poterit. Здѣсь разсматривается случай вторичнаго предложенія и покупки не къ выгодѣ 1) покупателя и 2) продавца, но 1) съ назначеніемъ срока и 2) безъ назначенія (при in diem addictio для наступленія условія всегда назначенъ извѣстный промежутокъ времени, хотя это въ сущности тоже самое); и этотъ срокъ (dies) является здѣсь также условіемъ. L. 4. C. de pact. inter emt. (4,54): Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.

[2]) Напр. продажа должна считаться недѣйствительною, несовершившеюся.

Прим. изд.

[3]) Напр. покупатель обязанъ возвратить купленную вещь.

Прим. изд.

[4]) Случай, указанный въ L. 3. C. cit. de pact. inter emt. (4,54) слѣдующій: Если я продалъ домъ, и цѣна продажи не была уплачена въ теченіи года, то продажа дома должна быть отмѣнена. Но до отмѣны покупатель можетъ сдѣлаться несостоятельнымъ, или успѣть повредить мой домъ; могу ли я въ этомъ случаѣ тотчасъ же виндицировать его? нѣтъ не могу потому, что я уже утратилъ свое право собственности на него, но за то я могу немедленно вчинить actio venditi, такъ какъ купля—продажа есть bonae fidei negotium. Ор. прил. XIII.

[5]) Дополненіе Парбса, (ibid. стр. 55,56) смѣшиваетъ все сказанное.

Прим. изд.

[6]) Оно было высказано Риссеромъ (Riesser, Zeitschr. f. Civilr. u Civilpr.

не заслуживаетъ даже возраженія, будто резолютивное условіе не вездѣ отмѣняетъ право и предоставляетъ тому лицу, къ которому оно возвращается (Rueckerwerber), не виндикацію, а лишь личный искъ. Суспензивное условіе имѣетъ для настоящаго собственника такое же значеніе, какъ и условіе резолютивное [1]).

Наступленіе срока не прекращаетъ права ipso jure, оно только уполномочиваетъ извѣстное лицо требовать уничтоженія, признанія недѣйствительности права — посредствомъ эксцепціи или посредствомъ личнаго иска [2]). Это правило допускаетъ слѣдующія исключенія [3]): по *внутреннимъ основаніямъ*—для личныхъ сервитутовъ, которые по своей природѣ ограничены нѣкоторымъ, не вполнѣ опредѣленнымъ періодомъ времени, именно жизнью субъэкта. Такое же дѣйствіе на личный сервитутъ будетъ имѣть и назначеніе опредѣленнаго срока для его прекращенія. По *особенному опредѣленію* закона—для права собственности мужа на приданое (Dotalsachen) жены. Это право отмѣняемо только вслѣдствіе наступленія срока для его прекращенія. По jus commune наступленіе это—прекращеніе брака—влечетъ за собой искъ противъ мужа или его наслѣдниковъ о возвращеніи приданаго тому лицу, которому оно должно принадлежать. Это послѣднее лицо сдѣлается собственникомъ приданаго только послѣ дѣйствительнаго его возвращенія. Исключеніе изъ этого общаго правила допускается только въ томъ случаѣ, когда субъэктомъ новаго права является жена. Исключеніе это объясняется желаніемъ Юстиніана обезпечить право ея всѣми возможными способами [4]). Въ случаѣ конкурса ей уже по древнѣйшему праву да-

---

II, 1. 8, 1829), ссылающимся въ подтвержденіе его на L. 6. §. 1. D. de contr. emt. (18,1), L. 4. §. 4., L. 16. D. de in diem add. (18,2), L. 4. pr. 5. D. de lege comm. (18,3), положительно допускающія виндикацію на ряду съ личнымъ искомъ. Изъ Пандектъ.

[1]) L. 66. D. R. V. (6,1).

[2]) Дополненіе Парбса, cit стр. 56, „напр. если я отдаю свою вещь въ закладъ на три года, то по истеченіи трехъ лѣтъ я буду имѣть эксцепцію противъ actio pignoraficia“ представляется ошибочнымъ; это правило отнюдь не могло быть преподано Пухтой, такъ какъ оно противорѣчитъ высказанному имъ въ § 202. *Прим. изд.*

[3]) Такой же временный характеръ имѣетъ и закладное право, особенно послѣ изданія L. 26. de legatis (6,37), L. 2. C. de don. quae sub modo (8,55); ср. fr. vat § 283, послѣ котораго Юстиніанъ допускаетъ временные отказы по завѣщаніи, временныя—дареніе и приданое, даже временное право собственности. *Прим изд.*

[4]) L. 30. C. de jur dot. (5,12): In rebus dotalibus sive mobilibus sive immobilibus seu se moventibus, si tamen exstant, sive aestimatae sive inaestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum

ровано было privilegium exigendi; Юстиніанъ предоставилъ ей кромѣ того законную гипотеку надъ всѣмъ имуществомъ мужа и наконецъ право виндикаціи, если вещь ея находилась еще въ имуществѣ мужа, такъ какъ право собственности, по его законамъ, возвращалось къ женѣ ipso jure. Но для такого возвращенія необходимы слѣдующія два условія: a) res exstantes, вещи—не физически только существующія, но входящія въ составъ имущества мужа,—неотчужденныя и незаложенныя [1]); поэтому отчужденіе совершенное мужемъ не отмѣняется; b) жена, кромѣ виндикаціи, не должна употреблять никакого другаго способа осуществленія своего права, хотя бы этотъ иной способъ и представлялъ бы, при извѣстныхъ условіяхъ, наиболѣе выгодъ, напр. въ случаѣ порчи вещей ея по винѣ мужа. Впрочемъ означенныя преимущества жены должны относиться и къ res aestimatae, хотя эти послѣднія собственно уже не принадлежатъ болѣе къ res dotalec. Подъ указанными условіями жена признается собственницею всѣхъ этихъ вещей еще до расторженія брака. Это признаніе можно было бы назвать возвращеніемъ права (Rueckfall), происходящимъ ipso jure,—въ противоположность необходимости перенесенія права собственности съ мужа на жену, но отнюдь не въ томъ смыслѣ, что для такого уничтоженія правъ мужа не нужно никакого заявленія со стороны жены. Нѣкоторые древнѣйшіе юристы ошибочно стремились расширить объемъ этого возвращенія посредствомъ пренебреженія двумя его условіями. Съ другой стороны Лёръ [2]) неправильно отрицалъ каждое измѣненіе, допущенное въ этомъ отношеніи Юстиніаномъ. Въ постановленіи этого послѣдняго несомнѣнно различаются rei vindicatio и actio hypothecaria. Третьимъ заблужденіемъ [3]) является стремленіе возвести разсмотрѣнную особенность на степень общаго правила,—стремле-

---

matrimonium praerogativam (jubemus) et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare: cum eaedem res et ab initio uxoris fuerint et naturaliter in ejus permanserint dominio. Non enim quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est. Volumus itaque eam in rem actionem in hujusmodi rebus quasi propriis habere, et hypothecariam omnibus anteriorem possidere, ut sive ex naturali jure ejusdem mulieris res esse intelligantur, sive secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse videantur, per utramque viam, sive in rem sive hypothecariam ei plenissime consulatur.

[1]) Exsantes res: si non fuerint alienatae vel consumtae vel suppositae, L. 6. in f. C. sec. nupt. (5,9).

[2]) Magazin f. Rechtswiss. и Gesetzgebung. т. IV 1820 г. ст. 72.

[3]) Muehlenbruch, Lehrb des Pandecten—Rechts. (4 изд. Madai. 1844. пр. 7.

ніе, не имѣющее никакого основанія, такъ какъ конечный срокъ и условіе по самой своей природѣ имѣютъ различное дѣйствіе.

b) *Матеріальное* дѣйствіе: съ котораго времени право считается прекращеннымъ или недѣйствительнымъ?

При существованіи условія и согласно съ природой его, вопросъ этотъ разрѣшается слѣдующимъ образомъ: условіе имѣетъ обратную силу, поэтому слѣдуетъ поступить такъ, какъ будто право вовсе не существуетъ съ момента установленія условія. Прекращеніе права имѣетъ обратное дѣйствіе resolvitur ex tunc. См. выше ученіе объ условіяхъ, особенно по отношенію къ плодамъ, которые также должны быть возвращаемы.

При наступленіи конечнаго срока предшествовавшее ему бытіе права должно быть признано дѣйствительнымъ, право resolvitur ex nunc. Это правило не представляетъ исключеній даже въ тѣхъ случаяхъ, когда прекращеніе происходитъ ipso jure. Личный искъ имѣетъ своимъ предметомъ возвращеніе плодовъ, полученныхъ съ того времени, когда возникла обязанность возвратить вещь, но не прежде полученныхъ.

3) Дѣйствіе отмѣняемости на другія права, производныя отъ отмѣняемаго права.

a) Временный собственникъ продалъ вещь, или установилъ на ней какія-либо jura in re въ то время, когда имѣлъ на нее право собственности. Онъ имѣлъ право распорядиться такимъ образомъ вещью потому, что былъ собственникомъ ея (см. выше). Но какова же судьба этихъ новыхъ правъ finito dominio revocabili? Отвѣтомъ служитъ правило: resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis, которое однако представляется слишкомъ общимъ.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда съ отмѣняемостью права связанъ только личный искъ, то всѣ права, предоставленныя временнымъ собственникомъ разнымъ лицамъ, остаются неприкосновенными по отмѣнѣ главнаго права. Если имъ продана вещь, то искъ не можетъ быть предъявленъ противъ лица владѣющаго вещью потому, что искъ объ отмѣнѣ права есть искъ личный; правило же, касающееся полнаго отчужденія вещи, примѣняется и къ частичному ея отчужденію. Лицо, управомоченное на обратное полученіе вещи, можетъ предъявить къ временному собственнику только искъ о возвращеніи вещи или ея стоимости, напр. actio redhibitoria.

Когда право собственности возвращается ipso jure къ прежнему собственнику вслѣдствіе наступленія извѣстнаго срока т. е. въ вышеуказанномъ исключительномъ случаѣ, то всѣ послѣдствія этого права, т. е. предоставленныя другимъ лицамъ право собственности, сервитуты и закладное право, также остаются неприкосновенными.

Совершенно иное замѣчается при прекращеніи права вслѣдствіе наступленія условія. Resolutio ex tunc влечетъ за собой уничтоженіе всѣхъ прежнихъ послѣдствій временнаго права собственности, такъ какъ необходимо признать, что временный собственникъ какъ бы никогда не имѣлъ права собственности, т. е. уничтоженіе всѣхъ правъ, проистекшихъ изъ бытія временнаго права собственности (оказавшагося мнимымъ). Такимъ образомъ въ данномъ случаѣ дѣйствуетъ указанное правило: resoluto sc. ex tunc jure dantis resolvitur jus accipientis.

L. 3. D. quib. mod. pignus (20,6) [1]), подтверждая изложенный нами взглядъ, въ тоже время допускаетъ повидимому исключеніе, а именно закладное право, установленное надъ вещью покупателемъ, не уничтожается, если этотъ послѣдній воспользуется предоставленнымъ ему правомъ отказа (Reurecht), при условіи nisi emtori displicuisset. Эту цитату, принимаемую въ общемъ смыслѣ, относили или ко всѣмъ потестативнымъ условіямъ, назначеннымъ для лица управомоченнаго въ данное время, какъ напр. Мюленбрухъ въ первыхъ изданіяхъ своего учебника; или спеціально—къ pacta displicentiae, какъ это мы видимъ у того же писателя въ послѣднемъ изданіи его труда. По нашему мнѣнію такое условіе само по себѣ ничѣмъ не отличается отъ другихъ; но въ установленіи новаго права заключается отказъ отъ условія, если только покупатель не дѣйствовалъ безчестно.

b) Jus in re можетъ также управомочивать лицо къ отчужденію или къ установленію другихъ правъ, напр. emphyteusis, superficies. Если это jus in re отмѣняемо, то отмѣнѣ подлежатъ и всѣ производныя отъ него права, согласно правилу resoluto ex tunc jure dantis etc. Впрочемъ прекращеніе этихъ правъ возможно и помимо отмѣняемости права, послужившаго для нихъ источникомъ (см. ниже).

За исключеніемъ случая отмѣняемости права (притомъ только ex tunc), всѣ права, переданныя собственникомъ другимъ лицамъ, независимы отъ продолженія бытія права собственности auctor'a. Если послѣдній утратитъ свое право собственности, то эта утрата не поражаетъ уже возникшихъ jura in re, напр. сервитутовъ и закладнаго права. Они, подобно праву собственности, являются самостоятельными правами на вещь, бременемъ вещи (onera). Res transit cum suo onere.

---

[1]) Si res fuerit distracta sic, nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset fuerit que tradita, et forte emtor antequam melior conditio offeretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus lib. V. digestorum ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata; quamquam ubi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet.

То же должно сказать объ эмфитевзисѣ и суперфиціи, если отъ нихъ возникли какія-либо jura in re. Перемѣна лица эмфитевтора и пр. не служитъ въ ущербъ этимъ правамъ; они прекращаются только вслѣдствіе полнаго уничтоженія эмфитевзиса или суперфиція, отъ которыхъ получили свое начало. Но это имѣетъ совершенно иную причину, чѣмъ прекращеніе вслѣдствіе отмѣняемости главнаго права и поэтому не должно быть подводимо подъ основное правило resoluto jure и проч. Содержаніемъ этихъ производныхъ правъ служитъ собственно не вещь, какъ въ томъ случаѣ, когда эти права установляются собственникомъ ея (хотя по формѣ выходитъ тоже самое), а право установителя, часть котораго также переходитъ къ новому субъэкту. Эти права прекращаются какъ вслѣдствіе уничтоженія вещи, такъ и съ объэктивнымъ уничтоженіемъ того права, изъ котораго они вытекаютъ. Такимъ образомъ прекращеніе не подходитъ подъ принципъ отмѣняемости, а подъ принципъ уничтоженія объэкта правъ.

Пріобрѣтеніе и потеря вещныхъ правъ.

§ 143.

Въ основаніи общихъ правилъ относительно пріобрѣтенія и потери всѣхъ вещныхъ правъ должно лечь или понятіе вещнаго права вообще или сингулярное опредѣленіе т. е. (причина прекращенія права должна быть произвольно опредѣлена закономъ, какъ это мы дѣйствительно и видимъ при потерѣ правъ). Подобнаго рода произвольнымъ опредѣленіемъ [1]) является тотъ особенный законъ, что отчужденіе вещи казною, главою государства, а также супругою его — освобождаетъ пріобрѣтателя этой вещи отъ всѣхъ отдѣльныхъ правъ на нее; субъэктамъ этихъ правъ предоставляется—требовать вознагражденія отъ казны или государя въ теченіи четырехъ лѣтъ [2]).

Но кромѣ этого вполнѣ произвольнаго способа уничтоженія правъ есть еще необходимые способы прекращенія ихъ; такъ, право не можетъ существовать дольше своего объэкта: всѣ вещныя права прекращаются вмѣстѣ съ уничтоженіемъ вещи. Такое дѣйствіе имѣетъ прежде всего естественная (физическая) гибель вещи. Модификацію представляетъ здѣсь случай обращенія иска о правѣ собственности къ лицу dolo desinens possi-

---

1) Изъ Пандектъ.

2) L. 2. 3. C. de quadr. praescr. (7,37), §. ult. I. de usuc. (2,6), L. 3. C. si adv. fisc. (2,37).

dere (каковымъ является и то лицо, которое умышленно уничтожило вещь). Однако означенное исключеніе только кажущееся, такъ какъ искъ этотъ принимаетъ характеръ личный и продолженіе права собственности здѣсь не предполагается. Не одна физическая гибель вещи, но и юридическое уничтоженіе ея, напр. вслѣдствіе изъятія ея изъ гражданскаго оборота, имѣетъ подобное же послѣдствіе, т. е. уничтожаетъ всѣ права на эту вещь, напр. занятіе извѣстнаго земельнаго участка общественною рѣкою. Отъ этого случая слѣдуетъ отличать простое наводненіе; впрочемъ и при дѣйствительномъ занятіи водою чьей-либо земли собственнику ея дается справедливое вознагражденіе, если только это занятіе не было временнымъ.

Завладѣніе (occupatio) вещи врагомъ прекращаетъ всѣ права на нее, однако подъ слѣдующими необходимыми условіями: 1) завладѣніе должно быть совершено *врагомъ*, т. е. народомъ чуждымъ данному, ведущимъ съ нимъ войну, а не разбойниками или согражданами—во время междоусобной войны. Означенное послѣдствіе имѣетъ въ настоящее время только такое завладѣніе, которое совпадаетъ съ понятіями о завоеваніи и добычи; 2) *дѣйствительное завладѣніе*, т. е. завладѣвшій вещью долженъ, по крайней мѣрѣ въ данную минуту, спрятать вещь въ безопасное мѣсто (intra praesidia). Права на вещь, которою завладѣли враги, прекращаются навсегда, за исключеніемъ однако тѣхъ вещей, которыя, благодаря jus postliminii [1]), возвращаются ихъ субъэктамъ. Такими вещами [2]) по римскому праву были земли, рабы, лошади и вьючныя животныя, употребляемыя на войнѣ, и военныя суда. Новѣйшія законодательства измѣнили это опредѣленіе; по прусскому праву postliminium имѣютъ всѣ вещи, при чемъ собственники ихъ обязываются вознаградить всѣ издержки пріобрѣтателя. Всякое право на дикое животное предполагаетъ подчиненіе его свободы, поэтому оно прекращается вслѣдствіе освобожденія животнаго.

Для пріобрѣтенія вещныхъ правъ нѣтъ общихъ теоретическихъ правилъ, которыя, какъ выше сказано, должны бы истекать изъ особыхъ постановленій закона или изъ самого понятія вещнаго права. Впрочемъ нѣкоторые ученые думали, что перенесеніе вещнаго права можетъ совершиться только посредствомъ традиціи и что ее слѣдуетъ признать основнымъ принципомъ пріобрѣтенія вещныхъ правъ; это мнѣніе было прежде всего внесено въ естественное право, хотя оно—чистѣйшая вы-

---

1) Tit. Dig. de captivis et de postliminio XLIX. 15, Cod. de postlim. reversis VIII. 51.

2) Изъ Пандектъ.

думка. Форма традиціи не находится ни въ какой зависимости отъ объэкта ея; это—положительная форма, примѣнимая только къ случаямъ, прямо указаннымъ въ законѣ (Само по себѣ право собственности могло бы точно также быть переносимо съ одного лица на другое посредствомъ простаго договора).

Прежде господствовало ученіе, которое, по мнѣнію послѣдователей его, представляло общія правила для пріобрѣтенія всѣхъ вещныхъ правъ вообще. Ученіе это имѣло значеніе еще въ прошедшемъ столѣтіи, но въ настоящее время едва ли оно найдетъ себѣ сторонниковъ; для насъ же оно имѣетъ нѣкоторый интересъ, благодаря тѣмъ важнымъ заблужденіямъ, которыя изъ него вытекли. Это есть ученіе о titulus и modus adquirendi. Оно представляется отвлеченнымъ выводомъ изъ принциповъ пріобрѣтенія права собственности посредствомъ традиціи, для котораго необходима была justa causa.

По этому ученію требовалось, чтобы всякому пріобрѣтенію предшествовалъ извѣстный titulus, а за нимъ слѣдовалъ извѣстный modus adquirendi; благодаря соединенію этихъ двухъ условій, уже возникаетъ вещное право; одинъ titulus, по мнѣнію послѣдователей разсматриваемаго ученія, даетъ лишь нѣкоторое jus ad rem, а modus—уже самое jus in rem. Это ученіе ложно даже по отношенію къ традиціи (оно отвлечено только отъ традиціи, являющейся слѣдствіемъ покупки, и не подходитъ напр. къ традиціи, встрѣчающейся при дареніи и которой не предшествуетъ никакой justus titulus въ формѣ jus ad rem, никакое обязательство, такъ какъ здѣсь titulus совпадаетъ съ традиціей. Поэтому необходимо было уже отказаться отъ опредѣленнаго понятія титула въ смыслѣ обязательства, такъ что титулъ опредѣлился какъ юридическое, хотя и не обязательственное и при томъ предшествующее традиціи,—требованіе на вещь. Оно вообще основывается на весьма поверхностныхъ соображеніяхъ. Къ тому же присоединилось новое затрудненіе. При occupatio и accessio не было титула; здѣсь, по мнѣнію послѣдователей этого ученія, титуломъ является законъ, правило: res nullius cedit primo occupanti. Но тогда пришлось бы признать при традиціи два титула: законъ и договоръ купли-продажи; такимъ образомъ все ученіе представляется невообразимой путаницей, такъ какъ одно положеніе его опровергается другимъ, другое третьимъ и т д. Благодаря ему, titulus adquirendi превратился въ простую возможность пріобрѣтенія и вся тайна этого ученія разрѣшилась тривіальнымъ правиломъ: всякой дѣйствительности должна предшествовать нѣкоторая вѣроятность; правило же это относится не только къ вещнымъ правамъ, но и ко всѣмъ правамъ вообще, даже ко всѣмъ юри-

дическимъ и неюридическимъ вопросамъ). Притомъ всякая тривіальность, выдающая себя за нѣчто особенное, сама по себѣ— ошибка и ведетъ къ дальнѣйшимъ ошибкамъ, какъ это и произошло въ данномъ случаѣ. Помнить сказанное особенно необходимо по отношенію къ Пруссіи, въ общее земское право которой включено разсмотрѣнное ученіе; но оно не должно смущать лицъ, пользующихся прусскими законами, такъ какъ даже законодатель не можетъ освятить заблужденія и сдѣлать его обязательнымъ для науки.

ГЛАВА II.

ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ

I. Содержаніе права собственности.

§ 144.

Право собственности [1]) есть полное юридическое подчиненіе вещи, полное юридическое господство надъ физическимъ предметомъ. Это понятіе права собственности состоитъ изъ слѣдующихъ элементовъ:

1) Объэктомъ его служитъ вещь, физическій предметъ. Слово dominium употребляется впрочемъ и для обозначенія права надъ безтѣлесными вещами, такъ какъ оно прежде всего обозначаетъ *юридическое* господство. Поэтому право собственности называется rerum dominium, но слово rerum обыкновенно опускается (хотя вслѣдствіе этого въ терминѣ вовсе не заключается распространенія самаго понятія права собственности на безтѣлесныя вещи). Въ германскомъ правѣ терминъ Eigenthum употребляется въ болѣе обширномъ смыслѣ—всякаго управомоченія. Такой терминологіи слѣдуетъ избѣгать въ юриспруденціи, гдѣ, благодаря неточности употребляемыхъ словъ, весьма часто вводятся и неточныя понятія, напр. очень легко, говоря о правѣ собственности на извѣстную долговую претензію, примѣнить къ ней самыя основныя начала этого права.

2) Право собственности есть *полное* (totale) подчиненіе вещи. Поэтому всякое отдѣльное право на вещь само по себѣ заключается въ правѣ собственности, такъ что нѣтъ необходимости въ перечисленіи всѣхъ этихъ отдѣльныхъ правъ; о нихъ можетъ быть рѣчь только при вопросѣ объ ограниченіяхъ права собственности (такъ о пользованіи вещью можно говорить только когда идетъ рѣчь о сервитутахъ, изъ которыхъ обширнѣй-

---

[1]) Изъ Пандектъ.

шимъ является ususfructus, въ противоположность которому одно голое, пустое (bloss) право собственности называется proprietas. Прежде признавали особый видъ узуфрукта — usufructus causalis sc. domini, находящій причину (causa) своего пользованія въ своемъ же правѣ собственности; въ противоположность ему настоящій узуфруктъ получилъ названіе ususfructus formalis; но на самомъ дѣлѣ существуетъ только послѣдній видъ, тогда какъ первый не есть узуфруктъ, а лишь особый способъ осуществленія права собственности. О правѣ отчужденія точно также можетъ идти рѣчь только при вопросѣ о закладномъ правѣ и о запрещеніяхъ (Veraeuszerungsverbote). Прежде обыкновенно дѣлили составные элементы права собственности на Proprietaetsrechte и Nutzungsrechte, но это подраздѣленіе совершенно излишне и не можетъ быть строго проведено (такъ какъ оно имѣетъ опредѣленное значеніе только по отношенію къ узуфрукту, но не примѣнимо къ другимъ юридическимъ отношеніямъ. Общаго понятія этихъ двухъ категорій правъ вовсе не существуетъ).

3) Съ полнотою подчиненія въ правѣ собственности соединяется и *исключительность* его не только по отношенію къ другимъ правамъ, но и по отношенію къ другому праву собственности. Поэтому на одну и ту же цѣлую вещь не можетъ существовать права собственности нѣсколькихъ лицъ. Возможно ли такое право по отношенію къ частямъ вещи? а) Оно возможно pro diviso по отношенію къ физическимъ частямъ одной вещи, за исключеніемъ частей интегрирующихъ (здѣсь оно невозможно потому, что объэктомъ этого права служитъ только внутренно-самостоятельная вещь). Недостатокъ внѣшней самостоятельности т. е. физическая связь данной вещи съ чужою вещью не препятствуетъ бытію права собственности (хотя въ то же время служитъ препятствіемъ къ владѣнію). Нѣкоторые юристы утверждали, что L. 8. D. de rei vindic. [1]) не допускаетъ права собственности pro diviso по отношенію къ движимымъ вещамъ; но въ разсматриваемомъ законоположеніи идетъ рѣчь не о правѣ собственности, а о владѣніи, которое въ данномъ

---

[1]) L. 8. D. de R. V. (6,1): Pomponius libro trigesimo sexto probat, si ex aequis partibus fundum mihi tecum communem tu et Lucius. Titius possideatis, non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus, totum semissem. Aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum; nam tunc sine dubio et a te, et a Titio partes fundi petere me debere. Quoties enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse, et ideo te quoque a Titio quadrantem petere debere. Quae distinctio neque in re mobili, neque in hereditatis petitione locum habet; nunquam enim pro diviso possideri potest.

случаѣ не можетъ принадлежать нѣсколькимъ лицамъ pro diviso. b) Право собственности мыслимо по отношенію къ идеальнымъ частямъ вещи [1]). Одна вещь можетъ принадлежать нѣсколькимъ лицамъ pro indiviso; это есть такъ называемая собственность, Miteigenthum, condominium; здѣсь каждое лицо есть исключительный собственникъ своей идеальной доли, которая однако еще точно не опредѣлена. Поэтому каждое изъ нихъ можетъ произвольно распоряжать своею частью, напр. продать ее, и его condominus не вправѣ препятствовать ему, если только распоряженіе это касается собственной доли распоряжающаго. Другое дѣло, если распоряженіе физически касается всей вещи (die Sache koerperlich afficirt), такъ какъ къ каждой физической части вещи управомочены всѣ сособственники до самаго момента раздѣленія вещи. Въ такомъ случаѣ каждый сособственникъ имѣетъ право сказать veto противъ всякаго односторонняго распоряженія вещью. Въ случаѣ стѣснительности этого veto, можно приступить къ дѣленію вещи, вслѣдствіе котораго уничтожается общая собственность. Впрочемъ въ одномъ случаѣ закономъ предписывается ограниченіе этого veto (безъ указанія на немедленный раздѣлъ), именно когда является необходимость въ исправленіи принадлежащаго нѣсколькимъ лицамъ строенія; тогда одинъ изъ сособственниковъ можетъ принять нужныя мѣры, не смотря на сопротивленіе остальныхъ, а продолжительный отказъ ихъ отъ участія въ расходахъ

---

[1]) Общеупотребительное опредѣленіе права собственности, которое принято и Пухтою, пригодно только для полнаго и нераздѣльнаго права собственности, для plena proprietas, тогда какъ въ дѣйствительности правомъ собственности все таки остается и раздѣльное право, и nuda proprietas, отвлеченное suum esse; это ясно слѣдуетъ между прочимъ изъ L. 25. pr. D. de. V. S. (50,16) и L. 13. §. 1. D. de S. P. R. (8,3). Право собственности должно быть поэтому опредѣляемо какъ такое господство (Herrschaftsverhaeltniss), посредствомъ котораго вещь юридически подчиняется лицу. Въ этомъ отношеніи вещи къ лицу, какъ къ владыкѣ имущества, заключается противоположеніе права собственности преходящему пользованію плодами. Юридическій моментъ отличаетъ здѣсь идеальное господство отъ чувственнаго (фактическаго), существующаго при владѣніи. Наконецъ на proprietas основывается исключительность даннаго права собственности по отношенію къ такому же чужому праву (но не по отношенію къ раздѣльной собственности и правамъ на вещи, принадлежащія другимъ лицамъ). Съ вышеуказаннымъ опредѣленіемъ, кажется, согласно въ сущности опредѣленіе Вирта, Beitr. zur Systematik 1856 г.: „Право собственности есть юридическое принадлежностное отношеніе вещи (къ лицу)"; въ опредѣленіи же Гиртаниера, Rechtsstellung der Sache und der Eigenthumsbegriff: „право собственности есть право на назначеніе вещи (принадлежать лицу)„ изъ свойствъ вещи выводится то, что (какъ напр. продолжительность и наслѣдственность права собственности) скорѣе вытекаетъ изъ самаго подчиненія ея господству лица. *Прим: ред.*

на исправленіе можетъ даже уничтожить принадлежащее имъ право собственности (см. § 152).

Ограниченія содержанія права собственности.

§ 145.

Право собственности [1]), какъ совокупность всѣхъ вещныхъ правъ, заключаетъ въ себѣ исключительное уполномочіе ко всякому употребленію вещи, ко всякому распоряженію ею. Впрочемъ возможно ограниченіе (даже самаго права собственности, а не только личности собственника), состоящее въ выдѣленіи изъ него тѣхъ отдѣльныхъ правъ, которыя въ немъ содержатся. Такому ограниченному состоянію права собственности противополагается libertas rei, свобода его. Какъ эти отдѣльныя права, такъ и ограниченія бываютъ двухъ родовъ: они состоятъ или въ томъ, что собственникъ не долженъ совершать такихъ дѣйствій, которыя онъ могъ бы совершать по своему праву собственности, или что онъ долженъ терпѣть совершеніе извѣстнымъ лицомъ такихъ дѣйствій, которымъ онъ былъ бы вправѣ воспрепятствовать.

Такимъ образомъ есть два рода ограниченій права собственности. 1) Ограниченія посредствомъ jura in re, принадлежащихъ другимъ лицамъ, и 2) ограниченія—помимо какого-либо jus in re. Къ этимъ послѣднимъ [1]) относится ограниченіе права собственности, главнымъ образомъ на недвижимости, посредствомъ постановленія закона—ограниченіе, имѣющее политическія цѣли; это—такъ называемые *легальные* сервитуты. Многія изъ этихъ постановленій устарѣли, другія хотя еще и примѣняются, но уже инымъ образомъ, какъ напр. легальные сервитуты, касающіеся теченія воды (aquae pluviae arcendae actio), пограничныхъ деревьевъ и ихъ плодовъ (interdictum de arboribus caedendis, de glande legenda), исправленія зданій (§ 144, cautio damni infecti) и отдѣленія матеріаловъ, употребленныхъ для строеній и виноградниковъ (§ 169). Изъ ограниченій такаго рода полную силу имѣютъ въ настоящее время слѣдующія: a) обязанность отдать за особенное вознагражденіе часть земли подъ общественную дорогу (экспропріація); b) обязанность предоставить за особую цѣну дорожный сервитутъ лицу, которое иначе не можетъ попасть на свою землю (это—такъ назыв. Nothweg); c) разрѣшеніе возведенія стѣны, не превышающей

---

[1]) Изъ Пандектъ.

полуеута; d) разрѣшеніе раскопки съ цѣлью открытія новыхъ минералловъ (но не кладовъ), безъ ущерба для земельнаго участка и съ вознагражденіемъ собственника въ 10 проц. съ прибыли; e) запрещеніе преграждать постройками теченіе воздуха къ току, на которомъ сушатъ и вѣютъ хлѣбъ. Эти ограниченія права собственности отнюдь не слѣдуетъ распространять—по субъэктивному чувству справедливости.

Далѣе — сюда относятся запрещенія отчужденія (Veraeusserungsverbote), которыми мы теперь и займемся. Въ запрещеніи важны слѣдующіе три момента.

a) Объемъ запрещенія. Запрещать можно не только полное отчужденіе, т. е. отказъ отъ самаго права собственности, но и частичное отчужденіе отдѣльныхъ составныхъ частей этого права; поэтому запрещеніемъ отчужденія воспрещается также установленіе всякихъ jura in re, напр. сервитута, закладнаго права. Чисто личное ограниченіе собственника, напр. передача имъ вещи для пользованія другому лицу, не будетъ отчужденіемъ (такая передача поэтому не запрещена), равно какъ и переходъ права собственности къ наслѣдникамъ. Въ сущности (an sich) должно понимать эти запрещенія въ выше указанномъ обширномъ смыслѣ, т. е. признавать, что запрещено не только полное, но и частичное отчужденіе, если только такъ или иначе положительно не указанъ характеръ самаго ограниченія [1]).

b) Источникъ запрещенія. Онъ можетъ быть троякій: законъ, распоряженіе суда, произволъ частныхъ лицъ, (выраженный въ завѣщаніи или договорѣ).

c) Дѣйствіе запрещенія [2]). Оно можетъ быть двоякое:

1) Отчужденіе, совершенное вопреки запрещенію, ничтожно; притомъ эта ничтожность можетъ быть или простою, вслѣдствіе которой право собственности остается за лицомъ отчудившимъ, или же—сопровождаемою потерею права для этого лица и переходомъ его къ тому, въ пользу котораго существуетъ запрещеніе. Простая ничтожность должна быть признана общимъ правиломъ.

---

[1]) L. 7. C. eod: Sancimus sive lex alienationem inhibuerit, sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum dominii alienationem vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam ususfructus dationem vel hypotecam vel pignoris nexum penitus prohiberi. Similique modo et servitutes minime imponi, nec emphyteuseos contractum, nisi in his tantummodo casibus, in quibus constitutionum auctoritas vel testatoris voluntas vel pactionum tenor, qui alienationem interdixit, aliquid tale fieri permiserit.

[2]) Ср. прим. XIV.

2) Отчужденіе дѣйствительно, но заключающееся въ немъ нарушеніе запрещенія даетъ другому лицу право привлечь лицо отчудившее къ отвѣтственности за ущербъ и штрафу по закону. Хотя въ этомъ случаѣ запрещеніе также оказываетъ извѣстное дѣйствіе, но оно уже не является ограниченіемъ права собственности, потому что изъ этого послѣдняго не выдѣлено право отчужденія.

Полное дѣйствіе, указанное въ первой рубрикѣ, имѣютъ запрещенія, установленныя закономъ и судомъ. При ничтожности отчужденія, лицо, пріобрѣтшее вещь, не дѣлается собственникомъ ея и виндикація принадлежитъ лицу отчудившему. (Многіе отрицали это положеніе вполнѣ; дуугіе отрицали его только въ томъ случаѣ, когда запрещеніе установлено въ интересахъ лица отчудившаго). То обстоятельство, что это послѣднее само совершило отчужденіе, не лишаетъ его виндикаціи потому именно, что оно было и осталось собственникомъ вещи. Но возможно, что лицо, пріобрѣтшее вещь, будетъ имѣть противъ виндикаціи exceptio doli о возвращеніи цѣны продажи, о вознагражденіи за убытки вообще или о предстоящей дѣйствительности (Convalescenz) отчужденія. (Однако во многихъ случаяхъ противъ rei vindicatio не будетъ эксцепціи; тогда виндикація не только будетъ принадлежать лицу, совершившему отчужденіе, но и окажетъ свое дѣйствіе).

Дѣйствіе запрещенія, установленнаго частною волею, заключается въ томъ, что извѣстное лицо пріобрѣтаетъ право на осуществленіе этого запрещенія.

1) Завѣщательныя запрещенія недѣйствительны, если нѣтъ лица управомоченнаго. Если же есть субъэктъ, то это право будетъ—или отказомъ въ пользу другаго лица подъ условіемъ отчужденія; управомоченному лицу предоставлены здѣсь процессуальныя средства, вытекающія изъ легата, къ которымъ относится и виндикація (поэтому-то отчужденіе здѣсь ничтожно и управомоченное лицо въ правѣ виндицировать свою вещь отъ лица, пріобрѣтшаго ее. Здѣсь завѣщательное запрещеніе совпадаетъ съ законнымъ, именно—съ запрещеніемъ отчуждать отказанныя другому вещи). Или же легатарію отчужденіе можетъ быть запрещено подъ какимъ-либо резолютивнымъ условіемъ; тогда вещь возвращается къ лицу обязанному условіемъ (dem Onerirten) и отчужденіе признается ничтожнымъ по самой природѣ этого условія.

2) Запрещенію, установляемому договоромъ, можетъ также быть придано уничтожающее дѣйствіе—вслѣдствіе наложенія этого запрещенія въ формѣ резолютивнаго условія, при наступленіи котораго право собственности должно возвратиться къ лицу передавшему его (Ertheiler).

3) При договорномъ запрещеніи безъ резолютивнаго условія отчужденіе не ничтожно; лицо управомоченное имѣетъ только требованіе противъ лица отчудившаго, хотя и обѣщавшаго не отчуждать извѣстную вещь. Можно было бы подумать, что постановленіе, указанное въ 1-мъ прим. стр. 387, ставитъ договорное запрещеніе отчужденія наравнѣ съ законнымъ запрещеніемъ. Но это невозможно; въ означенной цитатѣ трактуется только объ объемѣ, а не о дѣйствіи запрещенія; относительно же объема договорное запрещеніе дѣйствительно сравнено съ законнымъ. Здѣсь возможны два случая: a) получатель обязуется не отчуждать вещь подъ страхомъ возвращенія ея авктору (Geber), при чемъ этотъ послѣдній имѣетъ condictio causa data causa non secuta. (Но это есть только личный искъ противъ лица отчудившаго, а не противъ самаго отчужденія). Отчужденіе само не можетъ быть оспариваемо [1]). b) При всякомъ другомъ запрещеніи, когда возвращеніе права авктору не было условлено въ договорѣ, можетъ быть предъявленъ только искъ объ убыткахъ или объ условленномъ штрафѣ. Дѣйствительность запрещенія предполагаетъ: 1) исковой договоръ; по римскому праву таковымъ не могло быть pactum nudum, за исключеніемъ впрочемъ pactum adjectum; 2) интересъ для лица управомоченнаго, такъ какъ если ему вслѣдствіе отчужденія не причиняется никакого ущерба, то искъ о вознагражденіи за вредъ и убытки долженъ быть недѣйствительнымъ. Это условіе можетъ быть замѣнено назначеніемъ, по соглашенію сторонъ, извѣстнаго штрафа). Договорное запрещеніе отчужденія можетъ быть гарантировано посредствомъ внесенія его въ ипотечную книгу; впрочемъ это укрѣпляетъ не самое запрещеніе, а обезпечиваетъ лишь требованіе, изъ него вытекающее. (Изъ указанныхъ общихъ правилъ признавали одно исключеніе для того случая, когда залогодатель обѣщалъ вѣрителю не отчуждать извѣстную вещь [2]). Но постановленіе, приводимое въ подтвержденіе этого мнѣнія, имѣетъ совершенно иной смыслъ при всякомъ другомъ чтеніи, кромѣ флорентійскаго [3]).

---

[1]) L. 3. C. de cond. ob causam dat. (4,6): Ea lege in vos collata donatio, ut neutri alienandae suae portionis facultas ulla competeret, id efficit, ne alteruter vestrum dominium prorsus alienet, vel ut donatori vel ejus heredi condictio, si non fuerit conditio servata, quaeratur.

[2]) L. 7. §. 2. D. de distr. pign. (20,5): Quaeritur, si pactum sit a *creditore*, ne liceat *debitori* hypothecam vendere vel pignus, quid juris sit et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita, ideoque venire possit? Et certum est nullam esse *venditionem*, ut *pactioni* stetur.

[3]) Ср. прим. XIV и прим. 1 къ нему.

II. Формы права собственности.

§ 146.

Понятіе права собственности, какъ полнаго господства надъ вещью, исключаетъ возможность существованія наряду съ этимъ правомъ какого-либо другаго, равнаго ему или высшаго права. Всякое другое право на ту же вещь должно быть jus in re aliena. Такое jus in re 1) какъ бы обширно оно ни было, не имѣетъ той цѣлостности (Totalitaet), которая свойственна праву собственности, 2) какъ бы оно ни умаляло право собственности, однако по отношенію къ нему, оно останется все таки чѣмъ-то временнымъ, преходящимъ, отъ чего право собственности рано или поздно можетъ освободиться.

Этотъ принципъ цѣлостности не нарушается одновременнымъ признаніемъ права собственности, основаннаго на разныхъ юридическихъ началахъ. Сюда относятся:

1) Различіе квиритской и бонитарной собственности [существовавшее въ древнемъ правѣ, при которомъ одно лицо могло быть собственникомъ вещи по jus civile, другое же было бонитарнымъ собственникомъ—на основаніи принциповъ преторскаго права. Нарушеніе принципа было бы въ томъ случаѣ, когда возможно было существованіе двухъ цивильныхъ или двухъ бонитарныхъ собственниковъ въ одно время]. Коллизія между этимъ duplex dominium была коллизіей между jus civile и преторскимъ правомъ. Юстиніановское право уничтожило эту коллизію.

2) Въ новѣйшемъ правѣ до сихъ поръ еще встрѣчается различіе между истиннымъ правомъ собственности и фиктивнымъ правомъ, принадлежащимъ давностному владѣльцу (Usucapionsbesitser) и охраняемымъ посредствомъ actio Publiciana, какъ искомъ о правѣ сственности. Правило для разрѣшенія коллизіи между ними указано ниже въ ученіи объ actio Publiciana. Точно такимъ же представлялось бы различіе между dominium civile и naturale или dormiens, если бы такое существовало; но это различіе основано просто на вымыслѣ.

3) Право собственности государства надъ территоріей и частное право гражданъ на нее или на отдѣльныя ея части могутъ существовать одновременно, не смотря на означенный принципъ цѣлостности на томъ основаніи, что эти два права—государственное и частное—принадлежатъ къ двумъ совершенно различнымъ областямъ и потому коллизія между ними невозможна. Право собственности государства на территорію дѣй-

ствительно только по отношенію къ вопросамъ внѣшней политики (nach Auszen); на землю же, находящуюся въ частномъ владѣніи, государство имѣетъ право лишь настолько, насколько при извѣстныхъ обстоятельствахъ частное право гражданъ должно уступать общегосударственнымъ потребностямъ (dominium eminens),—когда, напримѣръ, граждане обязаны отказываться отъ своего частнаго права собственности ради государственныхъ цѣлей. На этомъ столкновеніи интересовъ государства и частныхъ лицъ стремились построить ученіе о верховномъ правѣ собственности (Obereigenthum) ради общественныхъ цѣлей, существующемъ на ряду съ правомъ собственности частныхъ лицъ (Untereigenthum). Если бы это ученіе было вѣрно, то мы имѣли бы одновременно двойное право собственности. Но ученіе о верховномъ правѣ собственности есть просто ложная теорія, придающая государственному (публичному) праву форму права частнаго. На дѣлѣ мы видимъ совершенно обратное: частное право только ограничено государственнымъ, которому вовсе нѣтъ необходимости принимать форму права собственности. [Если бы существовало ограниченіе права собственности частныхъ лицъ правомъ собственности государства, то слѣдовало бы признать государственною собственностью всѣ земельные участки, дѣйствительные собственники которыхъ явились бы уже владѣльцами ихъ или субъэктами какого-либо jus in re. Право собственности государства ограничивается только доменами; частныя лица остаются собственниками своихъ участковъ, при чемъ однако они ограничены публичнымъ правомъ, уполномочивающимъ государство, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, пріобрѣтать эти участки для обращенія ихъ на удовлетвореніе общественныхъ потребностей. Такое право есть чисто государственное, а не частное—гражданское, и потому оно не можетъ быть правомъ собственности].

Въ феодальной системѣ заключается также представленіе государственныхъ (публичныхъ) отношеній гражданскими правами, или примѣненіе частныхъ, гражданскихъ понятій къ государственному праву. Ленное отношеніе основано на обоюдной вѣрности леннаго господина и вассала при взаимной помощи и услугахъ. Съ этимъ отношеніемъ связали право собственности, признавая право леннаго господина, dominium directum—верховнымъ правомъ собственности, право вассала—подчиненнымъ правомъ или пользованіемъ—Nutzeigenthum, dominium utile. Точно также поступали и съ нѣкоторыми отношеніями крестьянскихъ имѣній между собою. Эти отношенія постепенно теряли свой государственный характеръ и сохранились какъ гражданскія аномаліи. Поэтому слѣдовало бы имъ или возвра-

тить ихъ государственное значеніе, или придать имъ исключительно частную гражданскую форму [1]).

III. Способы пріобрѣтенія права собственности.

§ 147.

Важное въ юридическомъ отношеніи [2]) различіе способовъ пріобрѣтенія права собственности обусловливается двумя моментами. Первымъ будетъ отношеніе этихъ способовъ къ различію между производнымъ и первообразнымъ пріобрѣтеніемъ правъ (§ 47). Производные способы пріобрѣтенія права собственности содержатъ въ себѣ преемство сингулярное или универсальное. Второй моментъ относится къ акту пріобрѣтенія: въ нѣкоторыхъ способахъ онъ состоитъ въ пріобрѣтеніи владѣнія извѣстною вещью, такъ что вмѣстѣ съ фактическою властью надъ вещью (при извѣстныхъ условіяхъ) возникаетъ и юридическое владычество; въ другихъ—хотя владѣніе и предполагается, но дѣйствительное пріобрѣтеніе права собственности происходитъ вслѣдствіе какого-либо другаго обстоятельства; наконецъ въ третьихъ — право пріобрѣтается совершенно независимо отъ владѣнія.

У Римлянъ важную роль играло подраздѣленіе на цивильные и естественные способы пріобрѣтенія—какъ по отношенію къ послѣдствіямъ его, такъ и по отношенію къ дѣеспособности лицъ. Но это дѣленіе устарѣло еще и въ юстиніановскомъ правѣ, а тѣмъ болѣе не годится для права, нынѣ дѣйствующаго. Рисковано замѣнить это дѣленіе способовъ пріобрѣтенія права соб-

---

[1]) Ср. Gerber, Jystem des deutsch. Privatrechts (4 изд. 1855 г.) § 77. Boecking, Pand. II. § 139 и прим. 48, 49. Послѣдовательное отрицаніе этой научно-ложной, а потому и непрочной теоріи (о dominium directum и utile) заключается не въ признаніи всѣхъ правъ такъ называемаго Nutzeigenthum простыми правами на чужую вещь, но въ признаніи ихъ, какъ по отношенію къ прошедшему времени, такъ и согласно съ дѣйствующимъ въ настоящее время положительнымъ правомъ, юридическими особенностями (singulaere Rechts bildungen), устраненіе которыхъ въ будущемъ должно представляться не отступленіемъ назадъ—къ формѣ отсутствія права собственности (Nichteigenthum), а шагомъ впередъ,—къ формѣ истиннаго права собственности (подобно тому какъ Римляне возстановили unum dominium не отрицаніемъ бонитарной собственности, но побѣдой ея надъ собственностью квиритскою); новѣйшія законодательства стремятся добиться единства права собственности не уничтоженіемъ подчиненной собственности (Nutzeigenthum), но посредствомъ превращенія ея въ истинное, чисто гражданское право собственности, такъ напр. Прусск. улож. 31 января 1850 г. § 40. 42. *Прим. изд.*

[2]) Изъ Пандектъ.

ственности дѣленіемъ ихъ на принадлежащіе къ положительному праву (positivrechtliche) и на принадлежащіе въ праву естественному (Naturrechtliche).

А. Производное пріобрѣтеніе права собственности.

I. Посредствомъ пріобрѣтенія владѣнія.

a. Traditio.

§ 148.

Наиболѣе употребительнымъ способомъ пріобрѣтенія права собственности, послѣ наслѣдованія, является перенесеніе собственникомъ этого права на другое лицо. Со стороны прежняго собственника происходитъ отчужденіе, со стороны новаго—преемство.

Для такого перенесенія прежде всего необходима способность одного лица передавать право собственности и способность другаго пріобрѣтать таковое. Обыкновенно собственникъ обладаетъ этою способностью или лично, или конечно посредствомъ procurator'a или quasi procurator'a—опекуна и залогопринимателя—при закладномъ правѣ. Исключеніе, сдѣланное для казны, указано выше. Иногда же собственникъ лишенъ этой способности вслѣдствіе запрещенія, послѣдствіемъ котораго является ничтожность отчужденія. При отсутствіи этой способности перенесеніе права собственности невозможно, хотя возможно простое перенесеніе владѣнія, при извѣстныхъ обстоятельствахъ съ conditio usucapiendi. Необходимыя условія акта традиціи слѣдующія:

Одного простаго изъявленій воли недостаточно для перенесенія права собственности; такое важное послѣдствіе должно быть констатировано посредствомъ болѣе опредѣленной и удобопознаваемой формы (недостаточно считать ее чѣмъ-то разумно необходимымъ). Въ древнеримскомъ jus civile существовало судебное (in jure cessio) и частное перенесеніе права при свидѣтеляхъ (mancipatio). Jus gentium присоединило другую, болѣе естественную форму—traditio, передачу—олицетвореніе воли двухъ лицъ въ переходѣ владѣнія. Пріобрѣтатель долженъ стать собственникомъ только послѣ того, какъ онъ сдѣлается владѣльцемъ; вмѣстѣ съ владѣніемъ на него переходитъ и право собственности, при наличности двухъ условій: правоспособности лицъ и воли ихъ. Въ Юстиніановскомъ правѣ это есть единственная форма перенесенія права. Она вполнѣ дѣйствительна

и въ настоящее время, если только земское право не требуетъ (для перехода извѣстныхъ вещей) необходимаго соблюденія какой-либо другой формы.

Римское право признаетъ только одинъ случай перенесенія права собственности посредствомъ простаго изъявленія воли безъ традиціи (такъ-назыв. transitus legalis), при societas omnium bonorum. Савиньи [1]) утверждалъ, что этотъ принципъ не составляетъ исключенія, но что и здѣсь также происходитъ традиція, именно посредствомъ constitutum possessorium; въ этомъ заключалось бы 1) распространеніе пріобрѣтенія права собственности на пріобрѣтеніе владѣнія, но о томъ въ законѣ не говорится ни слова; слова же „tacita traditio" навѣрно означаютъ только фиктивную традицію; 2) ограниченіе перенесенія права собственности такими вещами, которыя находятся во владѣніи всѣхъ socii; этого также не сказано въ законѣ. Поэтому слѣдуетъ признать указанный случай за исключеніе [2]). Древнѣйшіе юристы признавали на основаніи одного постановленія кодекса [3]) transitus legalis въ случаѣ даренія или продажи вещей церкви и богоугоднымъ заведеніямъ. Въ этомъ постановленіи сказано: „если имъ досталось наслѣдство или отказъ, или что-либо подарено или продано, то они должны получить столѣтнюю давность для вещныхъ и личныхъ своихъ исковъ". Послѣднія пріобрѣтенія сравнены съ первыми и кромѣ того говорится, что имъ принадлежатъ не только личные иски, но и вещные. Руководствуясь буквою закона, приходится отдать справедливость указанному древнему мнѣнію и отнюдь нельзя, подобно Вангерову [4]), считать такой выводъ вполнѣ невѣроятнымъ и нелѣпымъ. Но этому древнему мнѣнію противорѣчитъ то обстоятельство, что указанное важное измѣненіе оказывается сдѣланнымъ мимоходомъ, такъ какъ въ разсматриваемомъ законѣ идетъ рѣчь о предметѣ, не имѣющемъ съ нимъ

---

[1]) Recht des Besitzes стр. 374.

[2]) Слова tacita traditio кажется указываютъ на то, что юристъ все-таки думаетъ о вещахъ, находящихся во владѣніи каждаго socius. Относительно другихъ вещей нельзя было признать перехода права собственности nudo consensu, ни вслѣдствіе societas, ни вслѣдствіе покупки. Но передача (cessio) виндикаціи, которая можетъ совершиться tacite, представляетъ здѣсь необходимое пособіе. *Прим. изд.*

[3]) L. 23. §. 1. C. de ss. eccles. (1,2):—sive legatum sive fideicommissum fuerit relictum, sive donatio vel venditio praecesserit—.In his autem omnibus casibus non solum personales actiones damus, sed etiam in rem et hypothecariam secundum nostrae constitutionis tenorem, quae legatariis et fideicommissariis hypothecariam donavit, et supradictis omnibus unum tantummodo terminum vitae suae imponimus, id est centum metas annorum.

[4]) Leitfaden I, §. 311.

никакой существенной связи, что противорѣчитъ тому образу дѣйствій, котораго обыкновенно держался Юстиніанъ въ своихъ нововведеніяхъ. Это постановленіе можетъ точно также быть понимаемо въ томъ смыслѣ, что traditio при продажѣ и дареніи должна подразумѣваться, а это случается весьма часто. Этому послѣднему мнѣнію должно быть отдано предпочтеніе, потому что въ случаѣ сомнѣнія аномалія отнюдь не должна быть признаваема за правило.

Напротивъ нельзя счесть за исключеніе, что иногда для пріобрѣтенія права собственности достаточно бываетъ простаго изъявленія воли, именно въ томъ случаѣ, когда пріобрѣтатель вещи уже владѣетъ ею, когда нѣтъ необходимости дѣлать его владѣльцемъ посредствомъ какого-либо особаго дѣйствія лица, передающаго право [1]). При этомъ возможны два случая: 1) пріобрѣтатель могъ быть только естественнымъ владѣльцемъ вещи, а традентъ — юридическимъ владѣльцемъ ея. Здѣсь происходитъ дѣйствительная традиція — brevi manu traditio; 2) пріобрѣтатель былъ уже юридическимъ владѣльцемъ вещи, или если и не былъ, то сдѣлается таковымъ помимо прежняго собственника ея; собственно традиціи здѣсь не будетъ, но все-таки совершается пріобрѣтеніе права собственности, если имѣлось намѣреніе перенести это право на пріобрѣтателя. Основаніе этого заключается въ слѣдующемъ: форма перехода права въ сущности состоитъ въ томъ, что намѣреніе (воля) перенести и пріобрѣсть оное должно выразиться во владѣніи. Это совершается посредствомъ традиціи, если лицо, передающее право, есть владѣлецъ вещи; здѣсь взаимная воля выражается наиболѣе полнымъ и очевиднымъ образомъ; это самый обыкновенный случай, на который поэтому и обращено особенное вниманіе при перечисленіи способовъ пріобрѣтенія права собственности. Та же форма собственно соблюдается и въ первомъ изъ указанныхъ выше случаевъ, такъ какъ и здѣсь обоюдная воля выражается во владѣніи. Такимъ образомъ, если нѣтъ сомнѣнія въ наличности означенной воли, то и въ этомъ случаѣ также послѣдствіемъ владѣнія является право собственности.

Итакъ для акта перенесенія права собственности необходимы слѣдующія два условія: 1) воля передать и принять право собственности и 2) традиція, или нѣчто—замѣняющее ее, вообще выраженіе этой воли посредствомъ передачи и пріобрѣтенія владѣнія.

---

[1]) L. 21. §. 1. D. de adquir. rer. dom. (41,1).

Justa causa traditionis.

Traditio есть прежде всего простое перенесеніе владѣнія. Она обращается въ перенесеніе права собственности благодаря связанной съ нею волѣ лица, направленной на право собственности. Эта воля, которую должны имѣть обѣ стороны, и есть justa causa traditionis.

Justa causa будетъ та юридическая сдѣлка, въ которой заключается согласная воля двухъ лицъ—передать и пріобрѣсть право собственности, напр. купля-продажа, дареніе, приданое, платежъ (Zahlung), заемъ и пр. Эта сдѣлка можетъ совершаться одновременно съ традиціей, напр. въ дареніи, платежѣ, приданомъ, займѣ, или особо предшествовать ей, напр. при куплѣ-продажѣ (Въ L. 31. pr. D. de adqu. rer. dom. (41,1) [1]) указано только такое предшествованіе; впрочемъ, понимая эти слова въ особомъ смыслѣ, придется признать, что это всегда такъ и бываетъ: воля предшествуетъ исполненію и въ исчисленныхъ выше случаяхъ даренія, платежа и пр.). Но она можетъ кромѣ того слѣдовать за исполненіемъ; въ этомъ случаѣ пріобрѣтеніе права собственности совершается только послѣ присоединенія необходимой justa causa. Это бываетъ при suspensio justae causae посредствомъ условія, лишь съ наступленіемъ котораго является воля лица, передающаго право собственности, т. е. является самая justa causa.

Въ одномъ случаѣ suspensio наступаетъ ipso jure. Традиція, совершаемая вслѣдствіе купли-продажи, не рождаетъ права собственности до тѣхъ поръ, пока продавецъ не будетъ удовлетворенъ или уплатою полной суммы, или новаціей (обязательства покупателя), или пока онъ не согласится продать въ кредитъ вообще, т. е. не назначитъ какого-либо срока для платежа. Причина этой suspensio заключается въ томъ, что въ основу традиціи можетъ быть положено или намѣреніе перенесть на другое лицо самое право собственности, или же намѣреніе перенесть на него одно владѣніе. Только тогда, когда уплачена цѣна продажи или совершено эквивалентное дѣйствіе, слѣдуетъ признать право собственности перешедшимъ. Въ случаѣ назначенія срока для платежа молчаливое условіе переходитъ въ dies (срокъ), не пріостанавливающій дѣйствія традиціи.

---

[1]) L. 31. pr. D. de adqu rer. dom. (41,1): Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio vel aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

Такимъ условіемъ, пріостанавливающимъ (суспендирующимъ) самую justa causa, представляется такъ называемое pactum reservati dominii. Условнымъ является не актъ традиціи (который вообще не допускаетъ условности, такъ какъ нельзя быть условнымъ владѣльцемъ), а самая justa causa. Но кромѣ того можетъ быть безусловною иногда даже самая юридическая сдѣлка, напр. купля-продажа, такъ какъ justa causa составляетъ не эта сдѣлка съ ея особымъ содержаніемъ, а лишь вышеозначенная воля контрагентовъ.

Прежде, основываясь на одномъ мѣстѣ изъ Дигестъ [1]), оспаривали возможность существованія pactum reservati dominii при куплѣ-продажѣ. Но при pact. reserv. dom. вовсе не опредѣляется, чтобы купля-продажа отнюдь не имѣла своимъ послѣдствіемъ отчужденіе; это послѣдствіе только суспендируется, а этого, конечно, не исключаетъ цитированное правило.

Затѣмъ новѣйшіе юристы признавали невозможнымъ допустить, чтобы pact. res. dom. имѣло значеніе суспензивнаго условія. Они говорили, что при продажѣ въ кредитъ это значеніе будетъ противорѣчить самому характеру условія, а при продажѣ на деньги оно будетъ совершенно излишне. И то, и другое положеніе невѣрны. Первое невѣрно потому, что кредитъ имѣетъ двоякое значеніе: 1) продавецъ, оказавшій кредитъ, не можетъ немедленно взыскивать цѣну продажи съ покупателя; 2) право собственности на вещь при покупкѣ въ кредитъ тотчасъ же переходитъ къ покупателю. Pactum reservati dominii исключаетъ второе послѣдствіе кредита, но отнюдь не первое. Другое положеніе невѣрно потому, что при pactum reservati dominii условіемъ можетъ быть поставлена не только уплата цѣны продажи, но и многое другое.

Также невѣрно мнѣніе, что, въ случаѣ сомнѣнія, pactum res. dom. должно быть признано резолютивнымъ условіемъ.

Вѣрнѣе сказать, что выраженіе цитаты „продавецъ удержитъ за собой право собственности до тѣхъ поръ, пока и пр.", могло бы быть употреблено въ смыслѣ резолютивнаго условія. Но тогда это было бы уже не pactum res. dom., а lex commissoria. Истинный же смыслъ этихъ словъ есть суспензивное условіе, которое одно только и есть pactum reservati dominii.

Юридическая сдѣлка, въ которой содержится justa causa, важна для вопроса о правѣ собственности только по этой части своего содержанія. Остальное специфическое содержаніе ея имѣетъ

---

[1]) L. 80. §. 3. D. de contr. emt. (18,1): Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cujus dominio id agitur, ne ad emtorem transeat, sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus.

лишь значеніе мотива той воли, которая одна есть justa causa traditionis. Поэтому здѣсь примѣняется то основное правило, что ложность мотива не исключаетъ бытія воли. Такъ indebiti solutio не есть истинная уплата, но считается тѣмъ не менѣе за justa causa traditionis; Напротивъ не будетъ justa causa въ томъ случаѣ, когда недѣйствительность касается также, или даже преимущественно, означенной воли лицъ, когда напр. тредентъ не имѣетъ права отчужденія, или когда онъ уполномоченъ отчуждать только въ одной извѣстной формѣ, которою онъ въ данномъ случаѣ пренебрегъ; далѣе, напр. въ случаѣ даренія между супругами, а также и когда тредентъ не имѣлъ намѣренія отчудить свое право собственности; сюда относится тотъ случай, когда онъ отчуждалъ нѣчто въ качествѣ представителя или опекуна, а совершилъ традицію собственной вещи (хотя бы онъ дѣйствительно хотѣлъ передать именно данное corpus [1]). Въ L. 49. D. mand. (17,1) [2]) не содержится противоположнаго рѣшенія; здѣсь также признается ничтожность самаго отчужденія, но въ то же время допускается возможность exceptio doli противъ виндикаціи вещи. Здѣсь слѣдуетъ различать два случая: 1) собственникъ по незнанію отчуждаетъ въ качествѣ повѣреннаго, и 2) онъ участвуетъ въ отчужденіи въ качествѣ мандатарія и потому отвѣтственъ передъ покупателемъ. Вслѣдствіе этой отвѣтственности, ему, какъ лицу предъявившему виндикацію, противостоитъ exceptio doli; тоже самое бываетъ и въ первомъ случаѣ лишь въ той мѣрѣ, въ какой онъ принялъ на себя обязательство въ качествѣ договаривавшагося повѣреннаго [3]).

Наконецъ нѣтъ перехода права, когда пріобрѣтатель не имѣлъ соотвѣтствующей воли, напр. когда онъ принялъ подаренную вещь за commodatum (ссуду). Препятствіемъ служитъ здѣсь не то обстоятельство, что не произошло ни даренія, ни ссуды, а то, что не существуетъ обоюдной воли — передать и принять право собственности.

---

[1]) L. 35. D. de adqu. dom. (41,1). Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab ejus dominium, et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit.

[2]) L. 49. D. mand. (17,1): Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo, mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse, vel contra ego vendidi illius mandatu, cum forte is, cui heres exstiterit, eum emisset; de jure evictionis et de mandato quaesitum est. Et puto, Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori, neque si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam, et idcirco mandati agere posse, si quid ejus interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. Contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli summovetur, et adversus venditionem (l. venditorem) testatoris sui habet ex emto jure hereditario actionem.

[3]) Ср. подробное экзегетическое изложеніе въ прим. XV.

Принципъ важности взаимной воли контрагентовъ имѣетъ значеніе въ томъ случаѣ, когда обѣ стороны имѣютъ означенную волю, хотя мотивомъ каждой изъ нихъ служатъ разныя юридическія сдѣлки, напр. дареніе и платежъ, платежъ по разнымъ обязательствамъ (причинамъ). Это не препятствуетъ переходу права собственности [1]). Сообразно съ этимъ разрѣшается и случай даренія и займа въ L. 36. cit. Иное разрѣшеніе того же случая находимъ въ L. 18. pr. D. de reb. cred. (12,1). Объ этомъ противорѣчіи говорено было много, при чемъ старались примѣнить цитаты къ двумъ различнымъ случаямъ, но напрасно. Новѣйшій изъ опытовъ такого рода, сдѣланный Вангеровымъ [2]), есть одинъ изъ самыхъ неудачныхъ [3]).

Но для наличности justa causa недостаточно одной воли сторонъ пріобрѣсть и передать право собственности, необходимо еще соотвѣтсвіе между этими двумя волями; лицо, передающее право, должно имѣть намѣреніе передать только данному лицу, иначе не можетъ быть рѣчи о традиціи.

Этому условію не слѣдуетъ впрочемъ придавать слишкомъ обширнаго значенія; здѣсь нѣтъ необходимости, какъ въ договорахъ, въ опредѣленномъ лицѣ; традиція возможна и по отношенію къ incerta persona, напр. при бросаніи вещей толпѣ [4]). Этотъ такъ называемый jactus missilium въ нѣкоторыхъ постановленіяхъ признается за традицію и только въ одномъ— за derelictio; но въ этомъ нѣтъ никакого противорѣчія. Въ актѣ бросанія заключается 1) уничтоженіе права собственности извѣстнаго лица и 2) воля, чтобъ это право перешло къ тому или другому члену толпы. Вслѣдствіе совокупности этихъ двухъ элементовъ, актъ бросанія становится традиціей; признаніе же его дереликціей является лишь результатомъ преобладанія одного изъ двухъ означенныхъ элементовъ.

Важное значеніе имѣетъ разсматриваемый вопросъ при пріобрѣтеніи права собственности посредствомъ представителей. Долженъ ли былъ традентъ имѣть опредѣленное намѣреніе предоставить въ лицѣ повѣреннаго право собственности его довѣрителю? Здѣсь возможны слѣдующіе три случая.

1) Воля традента направлялась на личность довѣрителя. Въ этомъ случаѣ пріобрѣтенію права не препятствуетъ даже измѣна представителя; см. выше.

---

1) L. 36. D. de adquir. rer. dom. (41, 1).
2) Leitfaden I. §. 311.
3) Boecking. Pand. II. §. 153. прим. 38. Сравн. прил. XV.
4) L. 5. §. 1. D. pro derel. (41,7), L. 9. §. 7. D. de adqu. dom. (41.1), §. 46. I. de rer. div. (2,1).

2) Воля традента—передать право собственности представителю и только ему одному, напр. при дареніи, гдѣ самый индивидуумъ имѣетъ важное значеніе. Представляемый (dominus) становится собственникомъ не непосредственно, а лишь вслѣдствіе вторичной традиціи отъ своего представителя. Этого обыкновенно не бываетъ при куплѣ-продажѣ. Воля продавца — сдѣлать собственникомъ то лицо, отъ котораго онъ получаетъ цѣну продажи; подъ этимъ условіемъ самый индивидуумъ обыкновенно безразличенъ. Однако и здѣсь мыслимо направленіе воли на опредѣленный индивидуумъ; напр. А является повѣреннымъ Б; я объявляю, что съ Б не хочу вступать ни въ какія сдѣлки, тогда какъ самому А я готовъ продать извѣстную вещь, предоставляя ему уже за тѣмъ произвольно распорядиться ею.

3) Воля традента вообще не направляется исключительно ни на какой опредѣленный индивидуумъ, напр. (обыкновенно) при куплѣ-продажѣ. Въ этомъ случаѣ нѣтъ никакихъ препятствій для непосредственнаго пріобрѣтенія права собственности довѣрителемъ, такъ какъ традиція возможна по отношенію къ incerta persona.

Относительно остальныхъ двухъ, относящихся сюда, постановленій [1]) слѣдуетъ замѣтить, что слова перваго постановленія—traditio meo nomine—не значатъ, что традентъ имѣетъ волю, а что ее имѣетъ повѣренный, точно также, какъ впослѣдствіи она имѣется у опекуна. Относя слова—meo nomine—къ траденту, смыслъ былъ бы таковъ: онъ передаетъ вмѣсто меня; послѣднее постановленіе очевидно противорѣчитъ не только изложенному здѣсь воззрѣнію, но и указанному въ первой рубрикѣ случаю всякаго непосредственнаго пріобрѣтенія права собственности самимъ довѣрителемъ. Такимъ образомъ это постановленіе или означаетъ, что такое непосредственное пріобрѣтеніе права никогда совершиться не можетъ, что очевидно ложно, или оно просто ничего не доказываетъ.

§ 149.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ было признано необходимое представительство, т. е. пріобрѣтеніе права собственности посред-

---

[1]) L. 13. D. de acquir. rer. dom. (41,1): Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, i. e. proprietas adquiritur etiam ignoranti. Et tutor pupilli pupillae similiter ut procurator emendo nomine pupilli pupillae proprietatem illis adquirit etiam ignorantibus, L. 59. eod. Res ex mandatu meo emta, non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit.

ствомъ такого лица, которое вовсе не желало дѣйствовать въ качествѣ представителя. Въ основѣ этого лежитъ слѣдующее, общее всѣмъ сюда относящимся случаямъ, соображеніе: нѣкоторымъ лицамъ, на деньги которыхъ кто-либо пріобрѣлъ извѣстныя вещи и которыя имѣли бы только право иска объ отнятыхъ у нихъ и израсходованныхъ суммахъ, предоставлено, для охраненія ихъ отъ возможной несостоятельности должника,— виндицировать купленныя этими послѣдними вещи. т. е. пріобрѣтать на нихъ право собственности, какъ будто бы должникъ покупалъ эти вещи лично для нихъ.

Эти [1]) случаи слѣдующіе: 1) когда опекуны покупаютъ себѣ какія бы то ни было вещи на деньги лицъ, находящихся у нихъ подъ опекою; тогда этимъ послѣднимъ предоставляется право виндицировать вещи, если они не предпочтутъ предъявить искъ о затраченной на покупку суммѣ; 2) вещи, купленныя на деньги солдата, также могутъ быть имъ виндицированы; 3) когда мужъ купитъ какія бы то ни было вещи на деньги, подаренныя ему женой, то, въ случаѣ требованія этою послѣднею дара обратно и несостоятельности мужа, ей предоставляется право виндицировать вещи, еще находящіяся въ его имуществѣ, какъ будто бы онѣ были куплены ею самою; 4) то же самое бываетъ при покупкѣ мужемъ вещей на деньги, полученныя въ приданое за женой, въ случаѣ его несостоятельности.

Въ прежнее время это сингулярное законоположеніе было связано съ ученіемъ объ universitas juris и за тѣмъ установлено правило: res succedit in locum pretii, pretium in locum rei (при peculium, dos и hereditas). Невѣрность этого мнѣнія обнаруживается 1) въ томъ, что въ самомъ характерѣ понятія universitas нѣтъ никакихъ основаній (поводовъ) для такого особеннаго законоположенія, и 2) изъ сравненія вышеуказанныхъ отдѣльныхъ случаевъ его примѣненія:

1) Относительно вещей, купленныхъ опекунами на деньги опекаемыхъ, вовсе не можетъ быть и рѣчи о такой universitas.

2) Случай покупки вещей на деньги солдата относили къ покупкѣ на деньги, составляющія peculium сына, находящагося подъ властію (filiusfamilias). Это не вѣрно, такъ какъ a) здѣсь рѣчь идетъ не о filiifamilias, а о солдатахъ, будутъ-ли они подвластны или самостоятельны—все равно, и b) здѣсь говорится даже не о bona castrensia, но вообще о вещахъ, имъ принадлежащихъ. Такимъ образомъ разсмотрѣнное особенное постановленіе есть чистое privilegium militare.

---

[1]) Изъ Пандектъ.

3) Въ третьемъ случаѣ, т. е. при покупкѣ мужемъ вещей на деньги, подаренныя ему женою, также нѣтъ рѣчи о такъ называемой universitas juris.

4) Когда идетъ рѣчь о вещахъ, пріобрѣтенныхъ на деньги, составляющія приданое жены, то, конечно, говорится о самомъ приданомъ (dos), но вышеуказанное сингулярное законоположеніе не должно быть разсматриваемо, какъ нѣчто, вытекающее изъ природы института dos,—но какъ чистая особенность, установленная для большей защиты жены отъ несостоятельности мужа [1]). Въ другихъ мѣстахъ положительно выражено, что право жены виндицировать эти вещи можетъ возникнуть вслѣдствіе permutatio dotis, но никогда не является ipso jure [2]).

Особенное право hereditatis petitio относится вовсе не сюда. Сенатусконсультомъ временъ царя Андріана было постановлено, что у лица, владѣющаго наслѣдствомъ, могутъ быть отняты не только вещи, входящія въ составъ наслѣдства, но и всѣ выгоды отъ этаго владѣнія, то есть все то, что благодаря ему, было пріобрѣтено: pretium quodammodo hereditarium factum. Съ этой стороны hereditatis petitio имѣетъ свойство личнаго иска. Это не есть пріобрѣтеніе права собственности посредствомъ необходимаго представительства, такъ какъ наслѣдникъ ipso jure не признается собственникомъ и потому напр. не имѣетъ rei vindicatio. Еще менѣе это можно признать послѣдствіемъ universitatis, такъ какъ это есть не болѣе, какъ сингулярное законоположеніе. Древнее правило: res succedit etc. вытекло изъ этаго свойства hereditatis petitionis. Въ подтвержденіе его ссылались (кромѣ мѣста, объясненнаго въ приложеніи XVI) также на особое постановленіе [3]), опредѣляющее, что означенной сенатусконсультъ примѣняется при универсальной сукцессіи, аналогичной наслѣдованію и осуществляемой посредствомъ иска, аналогичнаго съ hereditatis petitio, напр. при

---

[1]) L. 54. D. de jure dot. (23,3): Res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur (Gajus ad ed. praet. urbani titulo de praediatoribus). Здѣсь слѣдуетъ обратить особенное вниманіе на заглавіе цитаты, которое по этому означено весьма подробно; въ немъ заключается примѣръ occulte positum.

[2]) L. 12. C. de jure dot. (5,12): Ex pecunia dotali fundus a marito tuo comparatus non tibi quaeritur, cum neque maritus uxori actionem emti possit adquirere; at dotis tantum actio tibi competit. Unde aditus praeses provinciae, si non te transegisse repererit, sed ex majore parte dotem consecutam, residuum restitui providebit. Слова ex majore parte—residuum относятся къ древнимъ срокамъ для возращенія приданаго annua, bima, trima die.

[3]) L. 20 §. 10. D. de H. P. (5,8): Non solum autem in hereditate uti mur senatuscousulto sed et in periculo castrensi vel alia universitate.

peculium castrense, когда filiusfamilias дѣлаетъ завѣщаніе и когда существуетъ собственно hereditas, (основанное, конечно, только на privilegium militare), далѣе, когда это peculium достается отцу, затѣмъ при bona vacantia, при конфискаціи и пр. [1]).

В. Пріобрѣтеніе плодовъ, производное отъ собственника.

§ 150.

Иногда нѣкоторыя лица, не будучи собственниками вещи, имѣютъ право на плоды ея. Нѣкоторые пріобрѣтаютъ право собственности на плоды одновременно съ отдѣленіемъ ихъ (separatio), кѣмъ бы они отдѣляемы ни были, другіе же только послѣ овладѣнія ими (perceptio). Къ послѣднимъ относятся тѣ лица, которыя имѣютъ только detentio вещи, напр. арендаторы, узуфруктуаріи. Этотъ видъ пріобрѣтенія права собственности ближе всего стоитъ къ традиціи и отличается отъ нея только тѣмъ, что разрѣшеніе на пріобрѣтеніе не есть спеціальное; но и этотъ видъ пріобрѣтенія (плодовъ) есть apprehensio—завладѣніе, совершаемое съ разрѣшенія собственника вещи, давшей плоды. Въ нѣкоторыхъ ученыхъ L. 26. §. 1. D. de furt (47, 2) [2])

---

[1]) Vindicatio utilis, встрѣчающаяся какъ способъ охраненія правъ, какъ процессуальное средство, кромѣ четырехъ указанныхъ случаевъ, еще въ пяти другихъ,—Игерингомъ (въ 9 мъ изданіи учебника—§ 149, прим. m.) возводится въ какое-то, ограничиваемое этими девятью случаями, привилегированное подкрѣпленіе обязательственнаго требованія. Въ дѣйствительности же она подходитъ подъ понятіе тѣхъ видовъ реституціи (не въ собственномъ смыслѣ), которые даются 1) или по причинѣ потерь, понесенныхъ лицомъ вслѣдствіе несправедливой строгости закона (права), напр. при capitis deminutio, confusio, consumtio, privata и tacita interjessio, 2) или вслѣдствіе какихъ-либо ненормальныхъ состояній лица, 3) или, наконецъ, вслѣдствіе особаго вещнаго снисхожденія права Sachlicher Rechtsgunst), безъ индивидуальной оцѣнки и безъ ограниченія времени. Къ первому классу относится utilis rei vindicatio противъ потери права собственности отъ accessio, ко второму—виндикація, предоставленная лицамъ, состоящимъ подъ опекой, и солдатамъ. Къ третьему—виндикація непосредственнаго обезпеченія средствъ къ жизни, т. е. алиментовъ и приданаго (In rem actio, при даренія на случай смерти, есть rei vindicatio directa). Отсюда въ то же время слѣдуетъ, что виндикацію нельзя, подобно Игерингу, признавать подкрѣпленнымъ исковымъ требованіемъ, ограниченнымъ однимъ лицомъ обязавшагося собственника и обусловливающимъ перенесеніе его права собственности на другое лицо,—но слѣдуетъ признать истинной виндикаціей, допускаемою также, кромѣ нѣкоторыхъ особенныхъ ограниченій, противъ третьихъ лицъ, владѣющихъ вещами подлежащими виндикаціи. *Прим. изд.*

[1]) Item constat colonum, qui numis colat, cum eo qui fructus stantes subripuerit, acturum furti, quia ut primum decerptus esset, ejus esse coepisset.

возбуждало сомнѣніе. Арендаторъ имѣетъ actio furti, потому что плоды собственно украдены у него, хотя онъ въ то время не былъ еще собственникомъ ихъ, но онъ бы сдѣлался таковымъ послѣ перцепціи плодовъ. Юристъ не говоритъ coepit, а coepisset; decerptus esset именно имъ, арендаторомъ.

2. Пріобрѣтеніе права собственности безъ пріобрѣтенія владѣнія.

A. Adjudicatio.

§ 151.

Adjudicatio есть судебное рѣшеніе иска, предъявленнаго о раздѣлѣ вещи, принадлежащей нѣсколькимъ лицамъ сообща,— судебное раздѣленіе или самой вещи, или ея стоимости. Судебное рѣшеніе само обусловливаетъ переходъ права собственности съ одного socius на другаго, безъ какого бы то ни было дальнѣйшаго акта. Такого дѣйствія не имѣютъ: 1) ни частное соглашеніе сторонъ о раздѣлѣ, 2) хотя бы и утвержденное судомъ, 3) ни, далѣе, судебное рѣшеніе, которымъ хотя бы и присуждалось что-либо извѣстному лицу, безъ наличности communio, то есть ни приговоръ, послѣдовавшій вслѣдствіе личнаго иска о выдачѣ вещи, которымъ лишь признается извѣстное обязательство, ни приговоръ—вслѣдствіе rei vindicatio, которымъ только признается существующее уже право собственности, а не дается новаго права, 4) ни присужденіе вещи вслѣдствіе судебнаго аукціона (также часто называемаго adjudicatio); пріобрѣтеніе съ аукціона есть не болѣе, какъ justa causa traditionis. По особеннымъ мѣстнымъ постановленіямъ права (particularrechtlich), переходъ права собственности совершается при необходимой продажѣ съ судебнаго аукціона недвижимыхъ имуществъ (subhastatio), такъ напр. по Прускому земскому праву; но это постановленіе есть не болѣе, какъ jus singulare.

B. Пріобрѣтеніе права вслѣдствіе утраты его прежнимъ собственникомъ.

§ 152 [1]).

Вещь, собственникъ которой, или лицо уполномоченное на ея перевозку куда-либо, пропустили срокъ для оплаты ея пошли-

---

[1]) Изъ Пандектъ.

ной, тотчасъ же переходитъ въ собственность откупщика таможенныхъ пошлинъ (publicanus); отъ этого гражданскаго наказанія освобождаетъ извинительная ошибка, принадлежность къ солдатскому сословію, малолѣтство и то только въ томъ случаѣ если пошлина будетъ уплачена въ 30 дневный срокъ; наконецъ— истеченіе 5 лѣтъ, если commissum не было осуществлено въ этотъ долгій періодъ времени. Дѣти отъ перваго брака также пріобрѣтаютъ право собственности вслѣдствіе вторичнаго брака одного изъ ихъ родителей (§ 428). Наконецъ подъ ту же точку зрѣнія подходитъ правило, что, въ случаѣ уплаты расходовъ на ремонтъ ветхаго дома однимъ изъ сособственниковъ и невзноса другимъ надлежащей части израсходованной суммы съ процентами въ четырехмѣсячный срокъ, право собственности на вторую часть переходитъ къ первому собственнику, сдѣлавшему расходъ изъ своихъ средствъ.

C. Другіе случаи пріобрѣтенія права собственности.

§ 153 [1]).

Къ производному пріобрѣтенію права собственности, независимому отъ пріобрѣтенія владѣнія вещью, относятся еще другіе случаи, которые находятся въ ближайшей связи съ различными юридическими отношеніями и которые потому будутъ изложены одновременно съ этими послѣдними. Таковы: присужденіе вещи залогопринимателю, вслѣдствіе jus dominii impetrandi, missio in possessionem ex secundo decreto damni infecti nomine, пріобрѣтеніе права собственности посредствомъ successio per universitatem, то-есть посредствомъ наслѣдованія, пріобрѣтеніе того же права посредствомъ отказа по завѣщанію.

D. Первообразное пріобрѣтеніе права собственности.

1. Посредствомъ пріобрѣтенія владѣнія.

§ 154.

Безхозяйныя вещи могутъ сдѣлаться объэктами права собственности вслѣдствіе завладѣнія ими. Такимъ образомъ только подъ условіемъ безхозяйности occupatio является способомъ пріобрѣтенія права собственности. Кромѣ этого условія должны

---

[1]) Изъ Пандектъ.

быть на лицо: animus domini и apprehensio (одностороннее). Вмѣстѣ съ владѣніемъ при наличности всѣхъ этихъ условій возникаетъ право собственности [1]). Такими безхозяйными вещами [2]) считаются между прочимъ 1) дикія животныя въ ихъ естественномъ, свободномъ состояніи, 2) вещи, находящіяся во власти врага, 3) клады, 4) вещи, вновь созданныя кѣмъ-либо (такъ называемая specificatio) и 5) оставленныя, брошенныя вещи (res derelictae). Относительно этихъ видовъ безхозяйныхъ вещей необходимо замѣтить нижеслѣдующее.

1) Собственнику извѣстнаго земельнаго участка можетъ принадлежать право охоты на немъ, но ему, вслѣдствіе этого, еще не принадлежитъ право собственности на всѣ животныя тамъ находящіяся. Поэтому такое право собственности можетъ быть пріобрѣтаемо и на чужой землѣ. Отъ такого дѣйствія оккупаціи отличается право охоты. По римскому праву оно заключалось въ правѣ собственности на землю. Собственникъ имѣлъ право не допускать ни одного охотника на свою землю, или могъ вчинить противъ него искъ о нарушеніи его права, даже actio injuriarum, хотя это не имѣло вовсе никакого вліянія на пріобрѣтеніе права собственности. (L. 55. cit. не затруднитъ насъ: на моменты in publico, an privato, in meo an alieno, обращено вниманіе только потому, что они могутъ имѣть вліяніе на разрѣшеніе вопроса о томъ, слѣдовало-ли смотрѣть на поимку животнаго, какъ на завладѣніе имъ). По нынѣ дѣйствующему законодательству, право охоты не есть составная часть каждаго права на земельный участокъ. Но и это не имѣетъ никакого вліянія на занимающій насъ вопросъ. Лицо, управомоченное къ охотѣ, не есть собственникъ всѣхъ живыхъ животныхъ, находящихся на извѣстномъ земельномъ участкѣ. Самовольный охотникъ нарушаетъ право охоты, и изъ этого можетъ возникнуть для него кокое-либо обязательство, но оккупація, имъ совершенная, все таки имѣетъ всѣ послѣдствія пріобрѣтенія права собственности.

2) Вещи, находящіяся во власти врага, могутъ быть пріобрѣтаемы оккупантомъ или лично для себя, или въ качествѣ (необходимаго) представителя государства. Послѣднее бываетъ при военной добычѣ; первое же встрѣчается въ римскомъ правѣ по отношенію къ вещамъ, принадлежащимъ врагу и находящимся въ странѣ пріобрѣтателей. Въ настоящее время эти правила не примѣнимы.

---

[1]) См. примѣръ въ L. 55. D. de adqu. rer. dom. (41,1). Сравн. прил. XVII.
[2]) Изъ Пандектъ.

3) Существенные элементы понятія клада слѣдующіе: а) скрытность вещей и б) обусловливаемая этимъ полная неизвѣстность собственника ихъ. Наличность этихъ двухъ элементовъ возможна только по истеченіи долгаго времени, но для этого отнюдь не требуется незапамятной давности. Существенно необходима полная неизвѣстность собственника вещей, то есть юридическая безхозяйность ихъ; способъ, какимъ эти вещи сдѣлались безхозяйными, безразличенъ. Только въ случаѣ сомнѣнія въ безхозяйности вещи, на обсужденіе дѣйствія оккупанта можетъ имѣть вліяніе то обстоятельство,—долгое ли, или короткое время была, по всей вѣроятности, спрятана вещь; въ первомъ случаѣ заявленіе лица о томъ, что онъ считалъ вещь безхозяйною, будетъ вѣроятнымъ, во второмъ — нѣтъ. Также мало имѣетъ значенія для пріобрѣтенія права собственности то обстоятельство, была-ли вещь зарыта въ землю или спрятана какимъ либо инымъ образомъ, напр. въ другой движимой вещи. (Часто находка вещи признавалась особымъ видомъ оккупаціи, но это не вѣрно, такъ какъ найти вовсе не значитъ совершить юридическое дѣйствіе; напр. столяръ находитъ деньги въ потайномъ ящикѣ отданнаго ему для починки шкапа; онъ не можетъ считать эти деньги безхозяйными, поэтому онъ овладѣваетъ ими безъ animus domini и находка эта не дѣлаетъ его собственникомъ [1]).

Съ оккупаціей кладовъ, скрытыхъ въ землѣ, связано, благодаря сингулярному закону, особое право: собственникъ земли можетъ требовать себѣ половину клада и даже весь кладъ, если поиски его совершились безъ согласія собственника. То же право принадлежитъ казнѣ по отношенію къ кладамъ, найденнымъ на res fiscales, publicae, sacrae, religiosae. (§. 3. 39. I de rer. div. (2,1) упоминаетъ только исторически о постановленіи Адріана). Нашедшій кладъ не обязанъ заявлять о томъ собственнику земли, за исключеніемъ того случая, когда таковымъ является казна, имѣющая право требовать возвращенія самаго клада и кромѣ того уплаты его цѣнности. Это право собственника земли нѣкоторые ученые признавали пріобрѣтеніемъ права собственности въ моментъ чужой оккупаціи; изъ этого впослѣдствіи возникъ вопросъ: слѣдуетъ-ли признавать здѣсь пріобрѣтеніе права посредствомъ акцессіи и т. д. Указанное мнѣніе ни на чемъ не основано, такъ какъ въ данномъ случаѣ

---

[1]) О юридической конструкціи, принятой находкою въ дѣйствующемъ правѣ, вслѣдствіе установленія срока для ея объявленія—ср. статью Дельбрюка о находкѣ утраченныхъ вещей въ Jahrb. fuer Dogmatik. III. стр. 1. 1858).

возникаетъ только обязательство. Кромѣ того постановленіе это, какъ сингулярное, отнюдь не должно быть распространяемо. Такого пріобрѣтенія права собственности не будетъ въ случаѣ находки лицомъ чего-либо внутри движимой вещи. Права собственности не будетъ имѣть 1) ни собственникъ дома, въ которомъ стоитъ та движимая вещь, 2) ни самый собственникъ той движимой вещи, если вообще возможно признавать постороннее лицо, совершившее такую находку оккупантомъ.

4) При фабрикаціи создается такая вещь, относительно которой можетъ возникнуть вопросъ, опредѣляется ли право собственности на нее принадлежностью матеріала или производствомъ работы, именно въ томъ случаѣ, когда фабрикантъ выработалъ свое произведеніе изъ чужаго матеріала, при томъ cum animo domini (конечно не можетъ быть и рѣчи о томъ случаѣ, когда сырой матеріалъ принадлежитъ тому же лицу, которымъ сдѣлана работа, или когда производитель вещи работалъ для другаго лица).

Одна часть римскихъ юристовъ находила достаточнымъ правило, что право собственности опредѣляется матеріаломъ вещи, а не работою. Только въ томъ случаѣ, когда фабрикантъ, кромѣ своего труда, употребилъ на извѣстное издѣліе и часть своего матеріала, они не принимали въ расчетъ остальной части этого матеріала, принадлежащей другому лицу. Quod ex re nostra fit, nostrum est, говорили они.

Но другіе римскіе юристы взглянули на дѣло нѣсколько глубже и мнѣніе ихъ принято было Юстиніаномъ: фабрикація можетъ сдѣлаться способомъ пріобрѣтенія права собственности, при чемъ она получаетъ названіе спецификаціи. Это правильное воззрѣніе во всей чистотѣ выработалось въ римскомъ правѣ только съ теченіемъ времени; первоначально же многіе изъ его послѣдователей придавали ему слишкомъ обширное значеніе.

Для этого способа пріобрѣтенія необходимо, чтобы чужое право собственности на матеріалъ прекратилось. Такое прекращеніе не можетъ быть послѣдствіемъ простой придачи матеріалу новой формы; сюда относится, напр., выдѣлка сосуда изъ чужаго матеріала, такъ какъ здѣсь форма не имѣетъ рѣшительнаго значенія при опредѣленіи цѣны вещи; но не то бываетъ когда цѣна матеріала весьма незначительна, напр. въ статуяхъ, такъ какъ въ послѣднемъ случаѣ форму нельзя назвать внѣшнимъ придаткомъ, а скорѣе матеріалъ есть акцессія формы [1]), далѣе окраска какой-либо матеріи. Еще менѣе будетъ

[1]) Важное все-таки будетъ имѣть значеніе то обстоятельство, зависитъ-ли большая цѣна вещи отъ формы, или отъ матеріала.

имѣть мѣста этотъ способъ пріобрѣтенія права собственности когда лицомъ не создается никакой новой формы, но съ матеріала снимается какая-либо оболочка, напр. при обмолачиваніи зерноваго хлѣба (выставляемомъ въ институціяхъ примѣромъ спецификаціи, но признанномъ въ дигестахъ вполнѣ невѣрнымъ), точно также при выжимкѣ сока изъ винограда и маслинъ; въ этихъ случаяхъ даже не будетъ фабрикаціи. Совсѣмъ другое видимъ мы при настоящей фабрикаціи вина, напр. шампанскаго, водки, пива, искуственно добытаго масла и т. д.

Для того, чтобы могло совершиться пріобрѣтеніе посредствомъ фабрикаціи, необходимо, чтобы прекратилось право собственности на матеріалъ вслѣдствіе уничтоженія вещи въ прежнемъ ея видѣ. Признакомъ такого уничтоженія будетъ невозможность возстановленія того матеріала въ первоначальномъ его видѣ, напр. когда изъ одной жидкости дѣлается другая— при фабрикаціи напитковъ, или при фабрикаціи стали изъ желѣза, кожи изъ шкуръ, сукна изъ шерсти и пр.

Отсюда вытекаетъ слѣдующій принципъ: спецификація состоитъ въ томъ, что изъ матеріала, образовавшаго прежде какую либо, впослѣдствіи уничтожившуюся, вещь, дѣйствительно создается вещь новая, еще не существовавшая. Эта послѣдняя не можетъ быть присуждена собственнику прежней вещи, послужившей для ея производства, на томъ основаніи, что это не та же, принявшая другой видъ, вещь, которая ему принадлежала, но совершенно иная, новая и потому, по отношенію къ прежнему собственнику, совершенно безхозяйная. Вслѣдствіе этого именно она и является предметомъ пріобрѣтенія посредствомъ оккупаціи [1]), совершаемой или тѣмъ лицомъ, которое создало эту вещь, или тѣмъ, для котораго она была создана.

Согласно съ этимъ принципомъ разрѣшается также вопросъ о томъ, необходима ли bona fides въ спецификантѣ. Такъ какъ основаніе пріобрѣтенія заключается въ томъ, что данная вещь есть новая, тогда какъ прежняя уничтожилась, то mala fides не можетъ имѣть на этотъ результатъ, а слѣдовательно и на вопросъ о правѣ собственности, никакого вліянія.

Нѣкоторыя римскія законоположенія [2]) возбуждаютъ сомнѣніе. Ихъ стремились было объяснить посредствомъ отвергнута-

---

[1]) Другой взглядъ на принципъ спецификаціи и на его послѣдствія, т. е. на вопросъ о fides установляется Scheurl, (Beitr. I, 1858) стр. 245, подводя спецификацію подъ производство плодовъ и сопоставляя ее съ пріобрѣтеніемъ ихъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ.

[2]) L. 12. §. 3. D. adexhib (10,4); L. 13. 14. §. 3 D. de cond. furt. (13, 1); L. 4. §. 20. D. de usurp. (41,3); L. 52. §. 14. D. de furtis (47,2).

го воззрѣнія Сабинянской школы, но они созданы отчасти такими юристами, которые держались правильнаго взгляда. Ихъ такимъ образомъ слѣдуетъ признавать отклоненіями, допущенными для извѣстнаго случая, именно, когда спецификантъ укралъ, употребленный имъ на выдѣлку данной вещи, матеріалъ, то лицу, у котораго этотъ послѣдній похищенъ, должны быть предоставлены или condictio furtiva, или actio ad exhibendum даннаго вида (species), какъ будто бы спецификантъ вовсе не былъ его собственникомъ. Но этимъ только и ограничивается упомянутое отклоненіе.

5) Для derelictio необходима воля (намѣреніе) лица уничтожить свое право собственности и приведеніе этого намѣренія въ исполненіе посредствомъ удаленія вещи отъ себя, или посредствомъ удаленія самого себя отъ вещи. Спорнымъ между римскими юристами представляется вопросъ: не уничтожается ли право собственности даннаго лица на вещь только послѣ оккупаціи ея другимъ лицомъ? Собственникъ можетъ оставить, отказаться и отъ части вещи, физической и мысленной (quota), если онъ есть именно собственникъ части. Во всякомъ другомъ случаѣ—отъ мысленной части нельзя отказаться, такъ какъ таковой вовсе не существуетъ, а отъ физической—можно лишь настолько, насколько возможенъ самый внѣшній актъ оставленія этой части, напр. locus извѣстнаго земельнаго участка, но нельзя напр. оставить какую-либо часть движимой вещи до тѣхъ поръ, пока она находится въ связи съ цѣлою. Лицомъ [1]), совершившимъ дереликцію, долженъ быть признанъ собственникъ, покинувшій свой земельный участокъ,—въ ущербъ культурнымъ и другимъ интересамъ, когда другое лицо завладѣетъ этимъ участкомъ, воздѣлаетъ его и не будетъ въ теченіи двухъ лѣтъ вознаграждено собственникомъ за все, издержанное на этотъ участокъ (ager desertus) [2]). Но не всякій собственникъ, покинувшій свою землю и невоздѣлывающій ее, подлежитъ дѣйствію указаннаго закона (послѣдняго). Съ другой стороны неправильно ограниченіе этого дѣйствія одними fundi patrimoniales и пріобрѣтеніемъ наслѣдственной аренды (Erbpacht). Вѣрнымъ ограниченіемъ служатъ тѣ случаи, въ которыхъ, благодаря какому либо опредѣленному праву, существуетъ общественный, культурный интересъ. Указанное правило возникло первоначально какъ фискальная мѣра—для обезпеченія полученія государствомъ податей и налоговъ, которые въ то время были такъ велики, что

---

[1]) Изъ Пандектъ.
[2]) L. 8. de omni agro des. (11,58). Ср. L. 11. C. unde vi. (8,4).

многіе землевладѣльцы предпочитали оставлять свои земли на произволъ судьбы до лучшихъ временъ. При желаніи и въ настоящее время примѣнять означенный законъ, слѣдуетъ по крайней мѣрѣ строго соблюдать вышеуказанное условіе, т. е. необходимо, чтобы отъ оставленія земли хозяиномъ страдалъ сборъ податей и налоговъ.

2. Пріобрѣтеніе посредствомъ давности.

§ 155.

Собственникомъ вещи должо быть признано то лицо, которое непрерывно и подъ извѣстными условіями провладѣло ею въ теченіи опредѣленнаго промежутка времени; этотъ способъ пріобрѣтенія права собственности называется земскою давностью (Ersitzung, Adquisitivverjaehrung). Этотъ способъ въ римскомъ правѣ (частью древнѣйшемъ, частью новѣйшемъ) является подъ слѣдующими тремя формами:

1) Usus auctoritas, usucapio,—въ древнемъ правѣ съ краткимъ срокомъ въ 1 и 2 года, съ условіемъ непремѣнной bona fides и justus titulus [1]) и съ исключеніями для извѣстныхъ вещей, т. е. или какое-либо обстоятельство, касающееся до вещи, исключаетъ давностное пріобрѣтеніе ея, или же давность не можетъ быть осуществляема по отношенію къ извѣстнымъ собственникамъ. Кромѣ того, этотъ видъ давности считался способомъ пріобрѣтенія квиритскаго права собственности и потому не могъ имѣть мѣста по отношенію къ лицамъ и вещамъ, неспособнымъ быть субъэктами или объэктами этого права: peregrini не могли узукапировать, а провинціальные земельные участки не могли быть узукапируемы. Наконецъ само собой разумѣется, что usucapio, какъ способъ пріобрѣтенія права собственности вообще, не могла, какъ и всякій другой способъ, примѣняться къ вещамъ, изъятымъ изъ гражданскаго оборота, напр. къ res divini juris.

---

[1]) Въ послѣднее время возникъ споръ о томъ, существовали ли эти условія искони въ древней usucapio, или они произошли со времени actio Publicciana. Послѣдняго мнѣнія держится Stintzing (das Wesen von bona fides und titulus in der roem. Usucapionslehre, 1852, стр 44); противоположнаго Scheurl, (Beitr. II, 1854, N XV, § 1 - 10), защищающій принятое въ текстѣ, господствующее ученіе. Этому послѣднему противорѣчитъ 1) характеръ древней usucapio, которую себѣ слѣдуетъ представлять одновременно погашающею давностью отчётственности auctor, а и виндикаціи прежняго собственника; 2) аналогія древней usucapio libertatis и servitutis и 3) внѣшнія свидѣтельства, требующія добросовѣстности (bona fides) прежде всего при Publiciana. L. 7. §. 11. D. de Publ. in rem (6,2). *Прим. изд.*

2) Longi temporis possessio, съ болѣе продолжительнымъ срокомъ въ 10 и 20 лѣтъ, съ принятіемъ въ разсчетъ присутствія или отсутствія собственника, но также и съ justum initium (имѣющимъ въ правѣ собственности ту же конструкцію, какъ bona fides и justus titulus). Отсюда точно также исключены нѣкоторыя вещи, но только не вслѣдствіе невозможности квиритскаго права собственности надъ ними, такъ какъ посредствомъ longi temporis possessio не пріобрѣтается квиритское право собственности. Этотъ видъ земской давности былъ первоначально давностью, прекращающею искъ о правѣ собственности, longi temporis praescriptio; впослѣдствіи ему придано высшее значеніе—способа пріобрѣтенія права и онъ, такимъ образомъ, включенъ въ виды земской давности.

3) Подъ формой чрезвычайной (auszerordentlich) давности, срокомъ въ 30 и болѣе лѣтъ, съ bona fides, но безъ justus titulus и безъ исключеній тѣхъ вещей, которыя были изъяты изъ дѣйствія упомянутыхъ usucapio и longi temporis possessio, но разумѣется за исключеніемъ вещей, изъятыхъ изъ права частной собственности. Это longissimum tempus обусловливало первоначально (со времени Θеодосія II) только praescriptio XXX annorum, бывшую исковою давностью; Юстиніанъ же опредѣлилъ, что при наличности bona fides должно признать ее давностью земскою.

Значеніе давности заключается вообще въ восполненіи недостаточнаго пріобрѣтенія права собственности. Эта недостаточность можетъ состоять въ томъ; 1) что въ извѣстномъ случаѣ не можетъ совершиться и не можетъ быть удостовѣрено квиритское пріобрѣтеніе права; давность присоединяетъ въ этомъ случаѣ квиритское право собственности (таково первоначальное значеніе опредѣленія, находящагося въ L. 3. D. de ucurp. [1]), гдѣ отнюдь не слѣдуетъ замѣнять слово adjectio словомъ adeptio, какъ это было предложено нѣкоторыми); 2) что вообще не можетъ быть удостовѣрено пріобрѣтеніе права собственности лицомъ, напр. когда это послѣднее пріобрѣло вещь посредствомъ покупки и традиціи; для того, чтобы оно могло доказать свое право собственности, необходимо удостовѣрить dominium auctoris. Такимъ образомъ цѣль земской давности упрочить право собственности [2]). Эта цѣль можетъ быть достигнута лишь вслѣдствіе прямаго признанія того лица собственникомъ вещи, которое провладѣло ею въ те-

---

[1]) L. 3. D. de usurp. (41,3): Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege difiniti.

[2]) L. 1. D. eod.

ченіи давностнаго срока (ersessen hat), безъ уваженія къ праву собственности на эту вещь какого-либо другаго лица. Поэтому послѣдствіемъ земской давности можетъ быть лишеніе собственника его права собственности; но это послѣдствіе, это дѣйствіе давности,—не есть главное, выражающее собою всю цѣль ея, но лишь такое, исключить которое нѣтъ возможности. Возможность такого лишенія права собственности перестаетъ казаться несправедливою и опасною, вслѣдствіе поставленія ея въ зависимость отъ исполненія многихъ строгихъ условій давностнаго пріобрѣтенія права. Эти условія тѣмъ строже, чѣмъ короче срокъ давности. Если же срокъ давности великъ, то уже это одно условіе слѣдуетъ признать достаточною уступкой и гарантіей въ пользу собственника. Древняя usucapio имѣла оба указанныя значенія: она превращала бонитарное право собственности въ квиритское и обусловливала прочность права собственности вообще. Остальные два вида земской давности имѣли первоначально только второе значеніе. Впрочемъ, съ уничтоженіемъ различія между бонитарною и квиритскою собственностью, въ новѣйшемъ правѣ вообще исчезло первое значеніе давности, такъ что и usucapio сохранило только второе значеніе.

Въ Юстиніановскомъ правѣ упоминаются еще всѣ три вида земской давности и отличаются терминами: usucapio, longi temporis possessio, possessio triginta annorum. Но слѣдуетъ ли ихъ считать тремя отдѣльными, по существу своему, институтами? Нѣкоторые юристы отвѣчаютъ на этотъ вопросъ утвердительно. Правильное разрѣшеніе его весьма важно, а потому мы имъ теперь и займемся. Эти три вида могли бы быть тремя отдѣльными институтами: 1) или вслѣдствіе различія ихъ послѣдствій, это было бы полнѣйшимъ ихъ разграниченіемъ, 2) или вслѣдствіе различныхъ, требуемыхъ для каждаго вида, условій; это хотя уже недостаточное основаніе для разграниченія видовъ давности, но все-таки есть причина, по которой можно по крайней мѣрѣ признать нѣсколько различныхъ видовъ ея.

1) Относительно послѣдствій указанные виды давности, какъ способы пріобрѣтенія права собственности, теперь уже ничѣмъ не различаются. Благодаря имъ, возникаетъ новое право собственности; прежнее право другаго лица уничтожается, а возникающее право всегда одно и тоже, такъ какъ уже не существуетъ видовыхъ различій права собственности. Съ самаго момента исчезновенія различія между бонитарной и квиритской собственностью, должно было утратить практическое свое значеніе и различіе между usucapio и longi temporis possessio.

Юстиніанъ засталъ годичную давность движимыхъ вещей и

продолжилъ срокъ ея до 3-хъ лѣтъ; затѣмъ онъ удлинилъ двухлѣтній давностный срокъ, существовавшій для пріобрѣтенія земельныхъ участковъ италійскихъ, которые впрочемъ въ то время были чрезвычайно рѣдки. Большинство же земель были провинціальныя и пріобрѣтались давностью въ 10—20-лѣтній срокъ, longi temporis possessio. Если бы Юстиніанъ оставилъ двухлѣтній срокъ для пріобрѣтенія италійскихъ участковъ рядомъ съ этимъ продолжительнымъ срокомъ для провинціальныхъ, онъ поступилъ бы весьма не ловко. Поэтому онъ и возвысилъ его, постановивъ, чтобы всѣ недвижимыя имущества пріобрѣтались давностью въ 10—20-лѣтній срокъ. Итакъ въ юстиніановскомъ правѣ usucapio обозначаетъ давностное пріобрѣтеніе вещей движимыхъ, а longi temporis possessio—вещей недвижимыхъ. Для того, чтобы избѣжать недоразумѣній, Юстиніанъ воспользовался древнею обычною терминологіей. Но такъ какъ различіе послѣдствій этихъ двухъ видовъ давности исчезло, то эти послѣдніе такъ же мало могутъ быть признаны отдѣльными институтами, какъ мало могутъ почитаться ими usucapio движимыхъ и usucapio недвижимыхъ вещей въ древнемъ правѣ. Впрочемъ даже въ источникахъ одинъ разъ случайно употребленъ терминъ usucapio вмѣсто longi temporis possessio [1]).

Раздѣльность институтовъ usucapio и longi temporis possessio хотѣли подтвердить тѣмъ обстоятельствомъ, что longum tempus можетъ оказывать такое дѣйствіе, котораго не имѣетъ usucapio, напр, libertatis usucapio по отношенію къ какому-либо закладному праву. Но такая особенность вовсе не есть послѣдствіе давностнаго пріобрѣтенія права собственности, а совершенно особая давность, которая можетъ лишь случайно соединяться съ давностнымъ пріобрѣтеніемъ. Итакъ usucapio и longi temporis possessio, какъ способы пріобрѣтенія права собственности, вовсе не имѣютъ различныхъ послѣдствій; то же должно сказать и объ экстраординарной (30-лѣтней) давности.

2) Такимъ образомъ, если слѣдуетъ допустить нѣсколько видовъ земской давности, то различіе между ними должно основываться на различіи условій каждаго изъ нихъ. Такое различіе, безъ сомнѣнія, существуетъ между usucapio и longi temporis possessio съ одной стороны и экстраординарной давностью—съ другой; но его вовсе нѣтъ между usucapio и longi temporis possessio. Оба эти вида, какъ по своимъ послѣдствіямъ, такъ и по условіямъ, составляютъ одинъ институтъ—обы-

---

[1]) Pr. Inst. de usuc. (2,6).

новенной земской давности для вещей движимыхъ и недвижимыхъ. То обстоятельство, что здѣсь (а не въ экстраординарной давности) требуется истеченіе различныхъ сроковъ, еще не обусловливаетъ существованія двухъ различныхъ институтовъ, такъ какъ то же самое было и въ древней usucapio, которая, безъ сомнѣнія, была однимъ нераздѣльнымъ институтомъ. Только тогда можно было бы допустить двойственность земской давности, если бы Юстиніанъ оставилъ для однихъ недвижимыхъ вещей 2-хъ лѣтній срокъ, а для другихъ назначилъ 10—20-лѣтній. Но такой оплошности онъ не сдѣлалъ.

Одинъ новый писатель [1]) создалъ нѣсколько подраздѣленій давности: по отношенію ко времени и къ наличности bona fides, которая признается необходимою при usucapio только въ началѣ, а при longi temporis praescriptio, по каноническому праву, необходима постоянно; далѣе—по отношенію къ перерывамъ теченія давности, наконецъ—по отношенію къ исчисленію срока ея: такъ при usucapio онъ признавалъ гражданское счисленіе, а при l. t. praes. счисленіе естественное. Всѣ эти подраздѣленія чистѣйшая выдумка, при томъ настолько плохая, что прямо ведетъ къ предположенію о безсмысленности законодателей, допускавшихъ такія подраздѣленія.

Выводъ изъ всего сказаннаго слѣдующій: юстиніановскому праву чуждо подраздѣленіе давностнаго способа пріобрѣтенія права собственности по отношенію къ послѣдствіямъ. Поэтому для всѣхъ способовъ можно употреблять одинъ терминъ usucapio. По отношенію же къ условіямъ, слѣдуетъ различать давность 1) чрезвычайную, экстраординарную и 2) обыкновенную, ординарную; затѣмъ уже нѣтъ никакихъ другихъ подраздѣленій давности на виды, которые могли бы основываться на различіи условій

Условія обыкновенной земской давности.

а. Время.

§ 156.

Различіе между вещами движимыми и недвижимыми обусловливается тѣмъ громаднымъ значеніемъ, которое признается за послѣдними сравнительно съ первыми. Назначеніе различныхъ сроковъ для пріобрѣтенія посредствомъ давности движимыхъ и

---

[1]) Hameaux, die usucapio und l. t. praescriptio 1835.

недвижимыхъ вещей имѣетъ то же основаніе, какъ и всѣ другія стѣсненія и ограниченія, установленныя для пріобрѣтенія и потери права собственности на недвижимость, каково напр. требованіе множества торжественныхъ актовъ.

Для [1]) того, чтобы usucapio обусловила пріобрѣтеніе права собственности, необходимо продолженіе владѣнія движимыми вещами въ теченіи 3 лѣтъ, недвижимыми же въ теченіи 10 лѣтъ inter praesentes и—20 лѣтъ inter absentes. Praesentes, по законамъ Юстиніана, называются владѣльцы и собственники, жительствующіе въ одной и той же провинціи, absentes, имѣющіе свое domicilium въ разныхъ провинціяхъ.

Такое различіе сроковъ давностнаго пріобрѣтенія недвижимыхъ вещей, смотря по присутствію или отсутствію владѣльцевъ и собственниковъ въ данномъ мѣстѣ, представляется справедливымъ отношеніемъ къ личности собственника, который вслѣдствіе отсутствія лишенъ возможности предотвращать завладѣніе своею собственностью. При примѣненіи указаннаго закона въ настоящее время, слѣдуетъ обращать вниманіе на domicilium въ одномъ округѣ подсудности (unter demselben Oberrichter), это всего аналогичнѣе съ римскимъ постановленіемъ. Въ томъ случаѣ, если въ одномъ и томъ же срокѣ встрѣтится нѣсколько лѣтъ присутствія и нѣсколько лѣтъ отсутствія лица изъ мѣстожительства, слѣдуетъ считать 1 годъ присутствія за два года отсутствія и наоборотъ. Нѣкоторые, совершенно впрочемъ неосновательно, затруднялись въ толкованіи означеннаго закона Юстиніана потому, что послѣдній не выразилъ выведенное нами правило такъ отвлеченно и полно [2]).

Время въ срокахъ давности есть tempus continuum; въ L. 31. §. 1. D. de usurp. (41,3) сказано: in usucapionibus mobilium continuum tempus numeratur. Юристъ по опискѣ употребилъ впрочемъ слово annus; къ этому нѣкоторые нашли нужнымъ придраться, такъ какъ всякій срокъ больше года и безъ того никогда не бываетъ tempus utile.

Весьма часто выражалось мнѣніе, будто невозможность предъявленія иска собственникомъ противъ владѣльца препятствуетъ истеченію срока давности. Это мнѣніе основано на смѣшеніи земской давности съ исковою. Давность покоится т. е. теченіе ея пріостанавливается только въ тѣхъ случаяхъ, когда узукапируемая вещь достается такимъ лицамъ, по отношенію къ которымъ невозможна обыкновенная давность (см. § 158). За исключеніемъ этихъ случаевъ возможна лишь in integrum resti-

---

[1]) Изъ Пандектъ.

[2]) См. противъ этого Hugo, civil. Magazin V, 17.

tutio, когда впрочемъ всѣ условія этой послѣдней находятся на лицо (ея никогда не бываетъ при экстраординарной давности).

Нѣтъ необходимости въ томъ, чтобы въ теченіи всего срочнаго времени владѣлъ самъ узукапіентъ. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, къ тому времени, въ теченіи котораго онъ владѣлъ лично, присоединяется владѣніе другихъ лицъ. Такое соединеніе является въ слѣдующихъ трехъ формахъ: 1) къ настоящему владѣнію привходитъ (accedirt) владѣніе прежняго владѣльца, 2) наоборотъ, настоящее владѣніе привходитъ къ владѣнію предшествовавшему и 3) настоящій владѣлецъ мыслится (фингируется) сохранившимъ владѣніе въ то время, когда вещью уже владѣло другое лицо. Эти три случая обозначили однимъ терминомъ accessio possessionis или temporis (уже римскіе юристы пользовались имъ въ такомъ общемъ смыслѣ), хотя не слѣдуетъ забывать, что эти случаи многимъ отличаются другъ отъ друга. Впрочемъ такое соединеніе владѣнія двухъ лицъ въ юстиніановскомъ правѣ допускается при всѣхъ видахъ земской давности.

1) *Accessio possessionis* въ собственномъ смыслѣ состоитъ въ томъ, что узукапіентъ присчитываетъ въ свою пользу все владѣніе своего предшественника. Его владѣніе есть principale, тогда какъ владѣніе послѣдняго и есть accessio. Для него необходимы слѣдующія три условія: 1) собственное, самоличное владѣніе узукапіента, притомъ владѣніе ad usucapionem, 2) пріобрѣтеніе этого владѣнія посредствомъ производнаго титула (derivativer Titel) и 3) дѣйствительное преемство во владѣніи, т. е. непосредственная связь владѣнія узукапіента съ владѣніемъ его авктора. Поэтому не будетъ акцессіи въ томъ случаѣ, когда узукапіентъ овладѣлъ вещью посредствомъ путативнаго титула (putativer Titel), особенно же, когда онъ сдѣлалъ это pro suo [1]). Добровольно ли совершилъ авкторъ передачу владѣнія узукапіенту, или чѣмъ-либо вынужденный,—все равно. Accessio владѣнія авктора не слѣдуетъ понимать слишкомъ буквально; такимъ образомъ, напр. если лицо, у котораго я купилъ извѣстную вещь, вновь овладѣло этой вещью, то его новое владѣніе не присчитывается къ моему владѣнію по той одной только причинѣ, что онъ прежде былъ моимъ авкторомъ [2]).

---

[1]) Ср. слѣд § и L. 2. §. 16. D. pro emt. (41,4), L. 14. §. 1. D. de div. temp pr. (44,3); L. 13. §. 9. D. de adqu. poss. (41,2).

[2]) L. 14. pr. D. de usurp. (41,3): Id tempus venditoris prodest emtori, quo antequam venderet possedit. Nam si postea nactus est possessionem venditor, haec possessio emtori non proficiet.

Между владѣніемъ авктора и его преемника не должно быть посторонняго неакцедирующаго владѣнія какого-либо третьяго лица, но возможна акцессія авктора и акцессія третьяго лица, уже привзошедшая къ владѣнію этого авктора. Если же авкторъ самъ не владѣлъ, то, конечно, акцессія невозможна, хотя его владѣніе также должно имѣть свойство давностнаго владѣнія на томъ основаніи, что для чужаго владѣнія, которое должно восполнить (supplere) мое собственное, никакъ нельзя допустить меньше условій, чѣмъ для собственнаго владѣнія.

2) Successio in usucapionem. Смертью узукапіента теченіе земской давности не прерывается; оно продолжается и hereditate jacente, хотя въ этотъ промежутокъ времени на самомъ дѣлѣ нѣтъ дѣйствительнаго владѣнія. Преемникъ умершаго наслѣдуетъ не владѣніе, а самую usucapio наслѣдодателя; владѣніе его, съ момента принятія наслѣдства, есть продолженіе давностнаго владѣнія наслѣдодателя. Здѣсь собственно не владѣніе послѣдняго привходитъ къ владѣнію наслѣдника, а наоборотъ. Въ accessio possessionis (въ собственномъ смыслѣ) заключается отступленіе отъ того основнаго правила, что срокъ давности долженъ истечь, считая съ начала владѣнія узукапіента; такаго отступленія нѣтъ въ successio in usucapionem; здѣсь узукапіентомъ—все таки долженъ считаться наслѣдодатель. Послѣдствіемъ этого будетъ: a) условія земской давности, именно тѣ, которыя должны существовать при ея началѣ, обсуждаются по отношенію къ лицу наслѣдодателя: titulus долженъ быть его, а не pro herede, b) владѣніе наслѣдника не всегда необходимо для истеченія земской давности владѣнія наслѣдодателя. Срокъ ея во первыхъ можетъ истечь во время hereditati jacente, во вторыхъ послѣ принятія наслѣдства наслѣдникомъ (но до владѣнія узукапируемою вещью), когда эта вещь находится въ рукахъ представителя (detentio); за исключеніемъ двухъ случаевъ, для давностнаго пріобрѣтенія вещи необходимо владѣніе вещью со стороны наслѣдника. Если же срокъ давности уже истекъ, то необходимо только одно завладѣніе вещью наслѣдникомъ.

3) Бываютъ случаи, когда владѣніе узукапіента было прервано владѣніемъ какого-либо третьяго лица и когда узукапіентъ, по возвращеніи себѣ утраченнаго владѣнія, можетъ присчитать къ протекшему времени своего владѣнія то время, въ теченіи котораго третье лицо владѣло его вещью, хотя собственно, по основнымъ правиламъ, существующимъ для accessio possessionis, такое причисленіе не можетъ имѣть мѣста. Сюда относятся слѣдующіе два случая: a) отчужденіе подъ резолютивнымъ условіемъ,—при наступленіи условнаго обстоятель-

ства; это не будетъ собственно accessio possessionis, такъ какъ лицо, владѣвшее нѣкоторое время до наступленія условнаго обстоятельства, не можетъ быть признано авкторомъ, и b) отдача precarium'a—послѣ полученія его обратно [1]). (Лицу, отдавшему извѣстное имѣніе въ precarium, присчитывается все время владѣнія прекариста, послѣ возвращенія его отъ послѣдняго къ первому). Здѣсь собственно также не существуетъ accessio possessionis; такъ какъ прекаристъ (Zwischenbesitzer) не можетъ быть признанъ ни авкторомъ, ни давностнымъ владѣльцемъ.

Пріобрѣтеніе владѣнія съ justus titulus и bona fides.

§ 157.

Usucapio, давностное пріобрѣтеніе вещи, отнюдь не можетъ совершиться въ томъ случаѣ, когда владѣніе вещью началось безъ убѣжденія лица въ томъ, что оно пріобрѣтаетъ право сoственности, безъ bona fides. Исключенія изъ этого правила, существовавшія въ древнемъ правѣ, исчезли. Въ обыкновенной давности эта bona fides не представляется простымъ отсутствіемъ извѣстной mala fides, но чѣмъ-то положительнымъ; эта положительная сторона ея и состоитъ въ условіи наличности титула [2]).

---

[1]) Изъ Пандектъ.

[2]) Bona fides, безъ сомнѣнія, не есть простое отрицаніе понятія mala fides, но она такъ же мало можетъ быть признана положительною, основанною на титулѣ, какъ на объективномъ фундаментѣ (см. въ текстѣ рубр. 4), увѣренностью (Gesinnung) лица, а лишь извинительнымъ невѣдѣніемъ недостатковъ титула, т. е. чѣмъ то отрицательнымъ (ср. Stintzing, Wesen von bona fides und titulus in der roem. Usucapionslehre, 1852, стр. 44 и Scheurl, Beitr. II, стр. 63 и сл.) или, говоря точнѣе,—простою ошибкою, а не убѣжденіемъ. Brinz. Pand. стр. 211, говоритъ: „bona fides есть вѣра въ право собственности аактора, или въ право распоряженія несобственника вещи, отчудившаго ее“: не титулъ подчиненъ условію bona fides, но эта послѣдняя требуется наравнѣ съ нимъ, покрайней мѣрѣ какъ субъективное дополненіе, въ тѣхъ случаяхъ, когда пріобрѣтеніе владѣнія само по себѣ недостаточно. (Ср. изложеніе эдикта, L. 7. §. 11. D. de Publ. (6,2) съ L. 109. D. de V. S. (50, 16). Обыкновенное ученіе, ставящее bona fides на первый планъ, основывается на каноническомъ правѣ). Поэтому 1) bona fides требуется лишь съ начала, mala fides superveniens не вредитъ, 2) mala fides даже въ началѣ владѣнія не вредитъ при полномъ правильномъ его пріобрѣтеніи, L. 13. §. 2, L. 44. §. 4. D. de usurp. (41,3), L. 28. D. de nox. act. (9,4), L. 3. D. pro donato (41,6), L. 25. D. don. int. vir. et ux. (24,1), всетаки за исключеніемъ спеціальныхъ запрещеній давностнаго пріобрѣтенія (Usucapionsverbote), L. 32. §. 1. D. de usurp. (41, 3). Usucapio имѣетъ здѣсь объективный характеръ. *Прим. изд.*

1) Bona fides есть качество пріобрѣтенія владѣнія, но оно въ то же время относится и къ его causa и поэтому должно быть на лицо не только во время традиціи, но уже во время купли-продажи. Такимъ образомъ не можетъ узукапировать то лицо, которое во время совершенія купли-продажи сознавало, что продавецъ не собственникъ вещи, но которое предъ традиціей пришло къ тому убѣжденію, что оно ошиблось [1]). По римскому праву bona fides необходима лишь при началѣ владѣнія; это ограниченіе согласно съ самимъ понятіемъ bonae fidei; каноническое же право требуетъ, чтобы узукапіентъ до полнаго истеченія срока давности не имѣлъ убѣжденія, что вещь принадлежитъ другому лицу, т. е. требуетъ bona fides въ положительномъ смыслѣ—при началѣ владѣнія и отсутствіе mala fides—въ продолженіи его.

2) Когда владѣніе пріобрѣтается посредствомъ представителя, то usucapio обыкновенно не начинается въ лицѣ этого послѣдняго (а лишь со времени увѣдомленія имъ dominus'а о происшедшемъ завладѣніи); поэтому bona fides представителя не имѣетъ для вопроса никакого значенія, тогда какъ рѣшительное значеніе будетъ имѣть bona или mala fides представляемаго. Но есть нѣсколько случаевъ, въ которыхъ usucapio начинается въ лицѣ представителя (filius peculii nomine), опекуна, чиновника. Beamte; они представляются такимъ образомъ исключеніями изъ указаннаго правила, т. е. здѣсь необходима bona fides представителя; mala fides его препятствуетъ давностному пріобрѣтенію права собственности. Bona fides представляемаго излишня тогда, когда не требуется, чтобы dominus зналъ о владѣніи представителя; если же это послѣднее ему извѣстно, то mala fides съ его стороны мѣшаетъ теченію давности, хотя бы даже эта mala fides явилась послѣ начала ея.

3) Bona fides [2]) есть заблужденіе лица относительно того препятствія, вслѣдствіе котораго исключается пріобрѣтеніе права собственности; это заблужденіе должно быть error facti и притомъ—извинительное (не error facti proprii).

---

[1]) Однако лишь при куплѣ-продажѣ (мѣнѣ по нынѣшнему праву), но не при платежѣ или при отдачѣ чего либо вмѣсто уплаты L. 10. pr. 15. §. 3, L. 48. D. de usurp. (41,3), L. 2. pr. §. 13, L. 7. §. 4. D. pro emt. (41,4). L. 7 §. 17. D. de publ. act. (8,2). Причина этого заключается въ томъ, что только купля продажа представляется сдѣлкой, переносящей право собственности съ одного лица на другое (Uebereignungsgeschaeft), тогда какъ obligatio есть простая обязательственная сдѣлка, causa которой, въ смыслѣ земской давности, заключается лишь въ традиціи, въ противномъ случаѣ вещь узукапировалась бы не pro soluto, а pro stipulatore и т. д. *Прим. изд.*

[2]) Изъ Пандектъ.

4) Объективная основа понятія bona fides заключается въ causa possessionis. Обыкновенно требуется дѣйствительный justus titulus, т. е. такое основаніе пріобрѣтенія (Erwerbsgrund), которое можетъ сдѣлать лицо собственникомъ вещи, хотя бы въ данномъ случаѣ оно и не сдѣлалось собственникомъ вещи по какому-либо препятствію, неизвѣстному пріобрѣтателю. Предметомъ заблужденія отнюдь не должно быть самое существованіе такого титула; титулъ не можетъ быть путативнымъ. Opinio emtionis не раждаетъ никакой usucapio pro emtore. Но исключенія изъ этого правила должны быть все таки допущены; такъ можетъ случиться, что узукапіентъ имѣлъ вполнѣ основательное убѣжденіе въ томъ, что онъ сдѣлался собственникомъ вещи; такимъ образомъ, здѣсь будетъ на лицо то же самое, что дается и титуломъ, а поэтому было бы произволомъ не допускать usucapio при такихъ условіяхъ, напр. когда повѣренный передалъ мнѣ извѣстную вещь, сказавъ, что онъ купилъ ее для меня (передача мнѣ вещи повѣреннымъ обусловливаетъ только мое убѣжденіе въ правѣ собственности на вещь; но отнюдь не представляется пріобрѣтеніемъ этого права). [Если слова повѣреннаго ложны, то я все-таки не имѣю основанія не довѣрять ему, а потому я нахожусь все время in bona fide, какъ будто бы повѣренный дѣйствительно купилъ вещь для меня]. При такихъ обстоятельствахъ допускается давностное пріобрѣтеніе права и по путативному титулу. Правило, вытекающее изъ всего сказаннаго, таково: теченіе давности продолжается безпрепятственно, когда имѣется на лицо такое достаточное основаніе, которое могло бы побудить осторожнаго и честнаго человѣка считать себя собственникомъ узукупируемой вещи.

Всѣ способы пріобрѣтенія права собственности могутъ исполнять функцію давностнаго титула. При пріобрѣтеніи посредствомъ традиціи титулъ носитъ то же названіе какъ и justa causa traditionis: pro emtore, pro donato, pro dote, pro soluto; при пріобрѣтеніи безъ традиціи титулъ бываетъ pro legato, pro herede, pro derelicto, pro suo; послѣднее названіе употребляется или въ общемъ смыслѣ т. е. въ качествѣ собственника, или въ болѣе частномъ смыслѣ, т. е. pro suo—помимо преемства (ohne Succession).

Относительно нѣкоторыхъ титуловъ: pro soluto, pro herede, относительно признанія судебнаго рѣшенія титуломъ и т. д. были не разъ споры между учеными юристами (Danz, Stephan, Unterholzner, Arndts, Vangerow и др.). Usucapio pro herede безъ сомнѣнія имѣетъ значеніе путативнаго титула, когда извѣстное лицо считаетъ себя наслѣдникомъ, если только

для такого убѣжденія его существуетъ какое-либо основаніе. Кромѣ того здѣсь предполагается, что давностью пріобрѣтается res hereditaria, а потому необходимымъ условіемъ служитъ наличность наслѣдства, hereditas, т. е. смерть собственника вещи. Usucapio pro herede не дѣйствительна противъ sui heredes. Съ этимъ отнюдь не должно смѣшивать отвѣтственность лица по hereditatis petitio.

Не слѣдуетъ ли отнести сюда же и тотъ случай, когда кто-либо, будучи дѣйствительнымъ наслѣдникомъ умершаго лица, владѣетъ чужими ненаслѣдственными вещами? Что въ этомъ случаѣ возможна usucapio, это не подлежитъ сомнѣнію [1]). Если наслѣдодатель былъ давностнымъ владѣльцемъ такой вещи, то происходитъ преемство наслѣдника въ титулѣ наслѣдодателя, если же теченіе давности было прекращено какимъ-либо порокомъ (vitium), то на наслѣдника переходитъ и этотъ послѣдній, такъ что онъ можетъ вновь начать usucapio. Но будетъ ли это уже usucapio pro herede? Такъ какъ упомянутая вещь не находится ни въ какомъ соотношеніи къ наслѣдству, то и нельзя сказать, что наслѣдникъ владѣетъ pro herede. Два случая, упоминаемые въ древнемъ римскомъ правѣ: 1) usucapio lucrativa и 2) usucapio лица, считающагося bonorum possessor [2]), утратили въ юстиніановскомъ правѣ всякое значеніе.

Можетъ ли вошедшее въ законную силу рѣшеніе суда создать титулъ давности? Безъ сомнѣнія можетъ—при adjudicatio. Далѣе, когда по рѣшенію послѣдовало condemnatio къ выдачѣ вещи, то лицо, получающее эту послѣднюю, узукапируетъ ее pro soluto. Но какъ разрѣшить означенный вопросъ при судебномъ приговорѣ, послѣдовавшемъ вслѣдствіе предъявленной суду виндикаціи? Вопросъ этотъ вызвалъ многіе споры. Разрѣшается же онъ посредствомъ слѣдующаго соображенія: утверждать, что приговоръ есть титулъ давности, значитъ признать, что онъ есть основаніе bonae fidei; можетъ ли сказать выигравшее тяжбу лицо: „я думаю, что я собственникъ вещи, потому, что судья рѣшилъ дѣло въ мою пользу? Нѣтъ, этого оно сказать не можетъ, но оно можетъ лишь узукапировать на томъ самомъ основаніи, которое побудило судью признать его дѣло правымъ; авторитетъ судьи укрѣпляетъ только его убѣжденіе въ существованіи такого основанія. Итакъ вопросъ долженъ быть разрѣшенъ отрицательно [3]).

---

[1]) L. 3. D. pro herede (41,5): plerique putaverunt, si heres sim et putem rem aliquam ex hereditate esse, quae non sit, posse me usucapere.

[2]) Ср. Пухта, Институціи т. II. § 253.

[3]) Съ этой точки зрѣнія скорѣе слѣдовало рѣшить его утвердительно, какъ это и сдѣлалъ Arndts (Archiv f. civ. Praxis т. 13. 1830 г. № 15)—res judi-

Способность вещи быть объэктомъ давности (Usucapionsfaehigkeit).

§ 158 [1]).

Вещи, надъ которыми вообще невозможно право частной собственности, вовсе не подлежатъ пріобрѣтенію посредствомъ давности. Но кромѣ того, есть множество вещей, которыя изъяты изъ дѣйствія этого спеціальнаго способа пріобрѣтенія права, т. е. обыкновенной давности (3, 10 и 20-лѣтней) и потому не могутъ быть узукапируемы (usucapionsunfaehig). Въ подобныхъ запрещеніяхъ давностнаго пріобрѣтенія нѣкоторыхъ вещей выражается снисхожденіе къ собственникамъ ихъ, что особенно очевидно въ тѣхъ случаяхъ, когда воспрещается usucapio вещи только потому, что она достается извѣстнымъ лицамъ.

Не могутъ быть пріобрѣтаемы посредствомъ давности:

1) Вещи извѣстныхъ собственниковъ, которымъ это преимущество предоставлено закономъ: a) государственная собственность (res fiscales); b) собственность представителей верховной власти (res dominicae); c) собственность городовъ; d) недвижимая собственность церквей и богоугодныхъ заведеній; e) вещи, входящія въ составъ приданаго (res dotales), находящіяся на лицо въ то время, когда можетъ быть потребовано возвращеніе приданаго мужемъ, и переходящія ipso jure въ собственность жены (§ 142); срокъ давности долженъ быть исчисляемъ только съ этого послѣдняго момента; f) недвижимая собственность несовершеннолѣтнихъ [2]). Vitium давности, основаніе котораго заключается въ принадлежности вещи извѣстному лицу, уничтожается и вещь становится объэктомъ давности — вслѣдствіе выхода ея изъ права собственности этого лица.

---

cata pro veritate accipitur. Но такъ какъ судебное рѣшеніе не есть основаніе для bona fides (ст. прим. 2 стр. 419), то для рѣшенія вопроса гораздо важнѣе соображеніе о томъ, можетъ ли реституція вещи истцу считаться основаніемъ пріобрѣтенія. Такъ какъ это послѣднее встрѣчается только какъ исключеніе, L. 18. D. de R. V. (6.1), то и признаніе res judicata титуломъ давности является также исключеніемъ, L. 3. D. de Publ. (6,2), обыкновенно же она титуломъ быть не можетъ. См. Scheurl. cit. стр. 84.

Прим. Изд.

[1]) Изъ Пандектъ.

[2]) Весьма много споровъ возбудилъ вопросъ: изъяты ли отъ дѣйствія обыкновенной давности всѣ вещи несовершеннолѣтнихъ вообще (т. е. кромѣ случая, указаннаго въ рубрикѣ f),

2) Res furtivae—по законамъ XII таблицъ и Lex Atinia. Этотъ vitium давности уничтожается вслѣдствіе возвращенія вещи ея собственнику. Поэтому такого vitium не будетъ, когда собственникъ самъ похитилъ свою вещь, напр. у лица, у котораго она находилась въ залогѣ, у узуфруктуарія, у bonae fidei possessor'a. Но собственникъ считается не утратившимъ вещь a) когда онъ возвращаетъ себѣ владѣніе вещью, какъ свою собственность и притомъ такимъ способомъ (правильнымъ), который не даетъ другому лицу права судебнымъ порядкомъ вновь отнять у него эту вещь, и b) когда онъ вправѣ виндицировать ее, т. е. когда онъ въ состояніи во всякое время по желанію возвратить себѣ находящуюся у другаго лица вещь.

3) Res vi possessae, по lex Julia и Plautia (относятся преимущественно къ недвижимымъ вещамъ, которыя не могутъ быть res furtivae); одного насильственнаго отнятія вещи недостаточно; необходимо, чтобы лицо, отнявшее вещь (Dejicient), начало владѣть ею. Vitium это уничтожается такъ же, какъ и vitium при res furtivae.

4) Вещи, которыя отчуждаетъ malae fidei possessor, безъ вѣдѣнія собственника ихъ объ этомъ отчужденіи или о своемъ правѣ собственности вообще (особенно недвижимости, относительно которыхъ такое отчужденіе нельзя считать за furtum). Препятствіе къ пріобрѣтенію такой вещи посредствомъ давности дѣйствительно не только по отношенію къ лицу, непосредственно пріобрѣтшему эту вещь отъ лица отчудившаго, но и по отношенію ко всякому послѣдующему пріобрѣтателю ея—до уничтоженія vitium'a; vitium же уничтожается только вслѣдствіе увѣдомленія собственника объ отчужденіи и возвращенія ему права на вещь.

5) Вещи, которыя даются чиновникамъ, въ нарушеніе закона Julia repetundarum, съ цѣлью побудить ихъ къ неправильнымъ по службѣ дѣйствіямъ; vitium здѣсь уничтожается такъ же, какъ и при res furtivae.

6) Границы, т. е. при спорѣ о межахъ посредствомъ actio finium regundorum, нельзя основывать свое право собственности на спорную землю на 10 и 20-лѣтнемъ давностномъ владѣніи.

7) Когда отчужденіе вещи запрещено закономъ, то возникаетъ препятствіе для давностнаго пріобрѣтенія ея, такъ какъ usucapio, допущенная лицомъ, ограниченнымъ тѣмъ запрещеніемъ, является также отчужденіемъ и потому недѣйствительна. Такое допущеніе бываетъ въ томъ случаѣ, когда ограниченный запрещеніемъ собственникъ отдаетъ вещь другому лицу; usucapio какъ этого послѣдняго, такъ и всякаго другаго прі-

обрѣтателя этой вещи—ничтожна, хотя бы незаконно отдавшій свою вещь не имѣлъ спеціальныхъ свѣдѣній о владѣніи этихъ лицъ его вещью. Сюда относятся слѣдующіе отдѣльные случаи: a) adventitia лицъ, находящихся подъ отеческой властью; b) вещи лицъ, находящихся подъ опекой, которыя не могутъ быть отчуждаемы безъ особаго декрета; c) земли, доставшіяся мужу въ приданое за женой и распоряженіе которыми у него отнято; d) res litigiosae и e) вещи, отказанныя по завѣщанію, не могутъ быть отчуждены наслѣдникомъ, знающимъ объ этомъ легатѣ.

Условія чрезвычайной давности.

§ 159.

Чрезвычайная [1]) давность по своимъ условіямъ является дополненіемъ къ давности обыкновенной. Эти условія суть: 1) bona fides, безъ всякаго justus titulus т. е. достаточно убѣжденія узукапіента въ томъ, что онъ собственникъ — безъ всякаго удостовѣренія возникновенія и основательности этого убѣжденія и безъ возможности изъятія какихъ-либо вещей отъ дѣйствія ея, вслѣдствіе неспособности ихъ быть объэктами давности [2]); 2) продолженіе владѣнія въ теченіи всего узаконеннаго промежутка времени, которое обыкновенно опредѣляется въ 30 лѣтъ; но въ тѣхъ случаяхъ, когда исковая давность была продолжена до 40 лѣтъ, до этого же времени продолжается и чрезвычайная земская давность.

Чрезвычайная земская давность не имѣетъ мѣста въ тѣхъ случаяхъ, когда не допускается и 30-лѣтняя исковая давность, а именно по отношенію къ опекаемымъ, къ adventitia и къ замужнимъ женщинамъ. Послѣдніе два случая одновременно изъяты отъ дѣйствія обыкновенной и чрезвычайной давности (при отчужденіи вещи см. § 158). Недвижимое имущество церкви не подлежитъ вовсе дѣйствію обыкновенной земской давности; по давности же чрезвычайной, оно пріобрѣтается въ 40-лѣтній срокъ;

---

1) Изъ Пандектъ.

2) Причина этого заключается въ томъ, что продолжительность владѣнія рождаетъ предположеніе въ правомѣрномъ его возникновеніи. Но изъ этого еще не вытекаетъ, признанная Scheurl'омъ, cit. стр. 80, и другими, возможность допущенія обратнаго доказательства ошибки въ правѣ, на основаніи L. 4. 7. D. de jur. et facti ignor. (22,6). Къ чему же служитъ въ такомъ случаѣ столь долгій срокъ? Указанное предположеніе правомѣрнаго возникновенія (какъ и въ незапамятномъ владѣніи) есть лишь законодательное соображеніе. *Прим. изд.*

движимыя вещи ея, также какъ и вещи частныхъ лицъ, подъ условіемъ justus titulus и отсутствія vitium'а, узукапируются въ теченіи 3 лѣтъ.

Перерывъ давности.

§ 160.

Перерывъ давности (usurpatio) есть полное прекращеніе ея теченія, вслѣдствіе котораго она, для того чтобы повлечь за собой пріобрѣтеніе права собственности, должна вновь начаться со всѣми необходимыми условіями. Отъ такого перерыва должно отличать случай незачета въ срокъ давности извѣстнаго промежутка времени, когда вещь находится въ рукахъ такого лица, противъ котораго давность не течетъ. По уничтоженіи этого препятствія дальнѣйшее теченіе ея присчитывается къ истекшему до того времени. Если это препятствіе касается обыкновенной давности, то она можетъ, съ зачетомъ времени существованія препятствія, продолжаться уже какъ давность экстраординарная.

Usucapio имѣетъ частью такія условія, которыя должны существовать только при началѣ ея—напр. титулъ, частью же условія, наличность которыхъ необходима въ теченіи всего времени. Къ этимъ послѣднимъ [1]) относятся: 1) способность лица обладать правомъ собственности; 2) способность пріобрѣтать это право посредствомъ давности; 3) bona fides (по каноническому праву см. § 157) и 4) дѣйствительное владѣніе. Въ видѣ исключенія usucapio не прерывается вслѣдствіе владѣнія лица, принявшаго вещь въ залогъ (§ 129); то же должно сказать и относительно владѣнія эмфитевтомъ и владѣнія прекариста, по возвращеніи precarium'а собственнику (§ 156). Но нельзя считать исключеніемъ—признаніе продолженія давности въ томъ случаѣ, когда лицо дѣлаетъ одну изъ двухъ вещей, находящихся въ его владѣніи, внѣшнею частью другой своей вещи; вслѣдствіе этого владѣніе первою не уничтожается.

Если одно изъ указанныхъ четырехъ длящихся условій, наличное въ началѣ, впослѣдствіи уничтожится, то usucapio слѣдуетъ считать прерванною. Главною причиною перерыва давности является потеря владѣнія (ср. ученіе о владѣніи).

Собственникъ можетъ, помимо перерыва давности, оградить себя предъявленіемъ rei vindicatio и litiscontestatio. Даже исте-

---

[1]) Изъ Пандектъ.

ченіе давностнаго срока не имѣетъ послѣ litiscontestatio никакого значенія, такъ какъ вопросъ объ usucapio будетъ обсуждаться по времени означеннаго процессуальнаго дѣйствія. Такимъ образомъ litiscontestatio, или актъ ее замѣняющій, вполнѣ равносильна съ перерывомъ давности—подъ условіемъ послѣдующаго обвинительнаго приговора; но назвать его перерывомъ давности нельзя, такъ какъ въ дѣйствительности съ самой давностью ничего не происходитъ. Это такъ назыв. [1]) civilis interruptio. Указанное мнѣніе есть ничто иное, какъ неправильное смѣшеніе земской давности съ исковою. Можно было бы подумать, что по каноническому праву перерывъ давности происходитъ вслѣдствіе litiscontestatio на томъ основаніи, что привходящая mala fides прерываетъ земскую давность и что посредствомъ litiscontestato bonae fidei possessor превращается въ malae fidei possessor'a. Но это правило, выраженное въ такой общей формѣ, не вѣрно; владѣлецъ признается недобросовѣстнымъ въ какомъ угодно другомъ отношеніи, но не въ отношеніи къ usucapio. Оспариваніе моего права собственности не можетъ поколебать моего убѣжденія въ дѣйствительности этого права и ужъ конечно не увѣритъ меня въ томъ, что данная вещь не моя, а чужая [2]).

Доказательства земской давности.

§ 116 [1]).

Всякое лицо, ссылающееся на usucapio, должно доказать 1) продолженіе владѣнія въ теченіи всего установленнаго для ординарной и экстраординарной давности срока, посредствомъ удостовѣренія такихъ двухъ моментовъ, промежутокъ которыхъ равняется числу лѣтъ, требуемому закономъ; 2) кромѣ того, въ давности обыкновенной—титулъ или то обстоятельство, которое его замѣняетъ 3); bona fides доказательства не требуетъ.

---

[1]) Изъ Пандектъ.

[2]) Истинная civilis interruptio существовала въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ. L. 2. C. de ann. exc. (7,40) (См. Goeschen Vorles. II, §. 266. Vangerov, Leitf §. 323). На это указываетъ противоположеніе: naturaliter interrumpitur possessio въ L. 5. D. de usurp. (41,3). *Прим. изд.*

[3]) L. 13. §. 2. D. de publ. act. (6,2).

3. Пріобрѣтеніе права собственности посредствомъ соединенія.

§ 162 [1])

Послѣдствіемъ соединенія одной вещи съ другою можетъ быть пріобрѣтеніе собственникомъ одной вещи права собственности на другую вещь соединившуюся съ его вещью. Необходимое условіе этогоіспособа пріобрѣтенія—такое тѣсное соединеніе вещей, чтобы одна изъ нихъ безвозвратно теряла свое отдѣльное, самостоятельное бытіе. При наличности этого условія, пріобрѣтеніе права совершается различнымъ образомъ, смотря потому, въ какомъ отношеніи находятся другъ къ другу соединившіяся вещи—въ отношеніи равной къ равной или главной къ второстепенной (акцессіонное отношеніе). Здѣсь важны слѣдовательно два вопроса: 1) совершается ли измѣненіе права собственности и 2) кто становится собственникомъ новой вещи, образовавшейся изъ двухъ соединившихся вещей.

А. Соединеніе вещей безъ акцессіи.

§ 163.

Сюда относится случай соединенія двухъ вещей, принадлежащихъ разнымъ собственникамъ и находящихся въ отношеніи равной къ равной (такъ назыв. confusio или commixtio). Измѣненіе права собственности происходитъ въ томъ случаѣ, когда эти вещи безвозвратно утратили свое самостоятельное бытіе и стали такимъ образомъ нераздѣльны, напр. когда смѣшались два сорта вина. Въ этомъ случаѣ можетъ произойти спецификація—когда создалась новая вещь, новый species и имѣется на лицо спецификантъ (напр. образовался напитокъ изъ двухъ какихъ-либо веществъ, выдѣлалось сукно изъ шерсти двухъ собственниковъ). Кромѣ того образовавшаяся смѣсь есть res communis (т. е. возникаетъ право собственности двухъ лицъ на одну вещь), каждый собственникъ теряетъ право собственности на свою вещь, но пріобрѣтаетъ таковое на такую часть новой вещи, которая соотвѣтствуетъ цѣнности его вещи.

Никакаго измѣнія права собственности не происходитъ вслѣдствіе такого соединенія, при которомъ обѣ вещи сохраняютъ

---

[1]) Изъ Пандектъ.

свое самостоятельное бытіе, или если и утратили его, то оно можетъ быть возстановлено по желанію. Каждое лицо сохраняетъ свое право собственности, имѣетъ противъ всякаго завладѣвшаго новой вещью—какъ будто бы онъ владѣетъ одною его вещью, — rei vindicatio; если же вещи разныхъ собственниковъ на время тѣсно соединились между собою, напр. сплавились два различные металла, то виндикаціи должна предшествовать actio ad exhibendum. Здѣсь впрочемъ представляется другой, независимый отъ сущности дѣла вопросъ: присуждается ли истцу его вещь in natura, или же стоимость ея по оцѣнкѣ? Такъ напр. въ случаѣ смѣшенія двухъ сортовъ зерноваго хлѣба безъ вины владѣльца, этому послѣднему предоставляется требовать выдачи столькихъ мѣръ смѣси, сколько у него было первоначально мѣръ одного сорта хлѣба, или же денежнаго вознагражденія. Этотъ вопросъ касается не права собственности, а лишь способа вознагражденія собственника.

Нѣкоторое исключеніе установлено по отношенію къ смѣси изъ двухъ сортовъ монетъ. Если въ этой смѣси [1]) каждый сортъ не можетъ быть легко узнанъ и отобранъ, то смѣсь признается нераздѣльною и притомъ монеты, примѣшанныя къ монетамъ владѣльца, признаются акцессіей къ этимъ послѣднимъ и потому становятся собственностью означеннаго владѣльца. Итакъ исключеніе здѣсь двойное 1) смѣшеніе признается интегрирующимъ, нераздѣльнымъ и 2) считается акцессіей [2]). Причина этого слѣдующая: когда монеты перестали быть отличаемыми, то онѣ уже болѣе не должны признаваться объэктами права собственности, но лишь представителями извѣстной цѣнности. Онѣ поэтому остаются только объэктами искового требованія для прежняго собственника ихъ.

Нѣкоторые юристы допускали еще одно исключеніе. Въ томъ случаѣ, когда къ временной связи двухъ вещей привходитъ еще извѣстная работа, при томъ такимъ образомъ, что одинъ изъ собственниковъ произвелъ посредствомъ этой работы соединеніе двухъ вещей, то этотъ послѣдній и становится собственникомъ новой вещи вслѣдствіе specificatio. Итакъ, когда

---

[1]) Изъ Пандектъ.

[2]) Противъ этого Boecking, Pand. II, §. 155. прим. 13, говоритъ: Accessio достается собственнику главной вещи не вслѣдствіе неразличимости, но вслѣдствіе неотдѣлимости второстепенной вещи отъ главной; напротивъ монеты достаются лицу не потому, что ихъ нельзя выдѣлить, а потому, что онѣ не удоборазличимы. Это мнѣніе вполнѣ основательно, такъ какъ уничтоженіе вещи и переходъ одной вещи въ другую (Untergang и Uebergang) взаимно другъ другу противорѣчатъ. *Прим. изд.*

кто-либо сдѣлалъ вещь изъ своего и чужаго матеріала, одно изъ условій спецификаціи,—невозможность возстановленія матеріала въ прежнемъ его видѣ—уже не принимается въ разсчетъ. Единственное основаніе этого исключенія есть внѣшнее—одно постановленіе институцій [1]), которое многіе понимали въ томъ смыслѣ, что первоначально невозможность возстановленія вещей была назначена условіемъ спецификаціи, но потомъ допущено упомянутое исключеніе для одного случая. Такому толкованію противорѣчитъ множество приведенныхъ примѣровъ нераздѣльныхъ соединеній—напитковъ, медикаментовъ, суконъ. Но кромѣ того, по буквальному смыслу, противоположеніе въ этой цитатѣ можетъ также относиться къ вышеупомянутому спору, установляя исключеніе для одного даннаго случая (привхожденія работы). Это послѣднее объясненіе слѣдуетъ предпочесть уже и потому, что первому объясненію противорѣчатъ многія постановленія изъ дигестъ [2]) и что условіе существенной связи между вещами—обще всѣмъ относящимся сюда способамъ пріобрѣтенія права собственности: specificatio, confusio или commixtio и accessio.

B. Accessio.

§ 164.

Accessio есть такое соединеніе двухъ вещей, въ которомъ одна является главною вещью, а другая лишь частью этой послѣдней. Значеніе ея для права собственности зависитъ отъ болѣе или менѣе тѣснаго соединенія вещей. При этомъ слѣдуетъ различать три случая:

1) Accessio къ какой-либо universitas rerum; она не обусловливаетъ никакой перемѣны въ правѣ собственности, не оказы-

---

[1]) §. 25. Inst. de rer. div. (2,1): Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit—— et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerat, si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit.—Quod si partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quisque, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua et aliena lana vestimentum, dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit, cum non solum operam suam dedit, sed et partem ejusdem materiae praestavit.

[2]) L. 5. pr. §. 1. D. de R. V. (6,1), L. 12. §. 1. D. de adquir. rer. dom. (41,1).

ваетъ никакого вліянія на виндикацію и можетъ быть тотчасъ же возвращена собственникомъ посредствомъ rei vindicatio. Различіе между двумя собственниками заключается въ томъ, что собственникъ главной вещи можетъ виндицировать всю составную вещь напр. все стадо (за вычетомъ чужихъ головъ скота—при реституціи), впрочемъ подъ условіемъ, чтобы наибольшее число головъ скота принадлежало ему. Въ томъ случаѣ, если каждому лицу принадлежитъ равное число головъ, то имъ предоставляется виндицировать каждую голову скота отдѣльно.

2) Физическое соединеніе двухъ вещей, но не существенное. Здѣсь также не происходитъ измѣненія права собственности; но оно имѣетъ вліяніе на виндикацію. Собственникъ главной вещи виндицируетъ всю составную вещь, какъ бы свою собственную; хозяинъ же второстепенной вещи (accessio) долженъ предварительно предъявить actio ad exhibendum.

3) Существенное соединеніе двухъ вещей уничтожаетъ право собственности лица, которому принадлежала акцессія. Этому послѣднему остается только право требовать вознагражденія за понесенный ущербъ или вполнѣ, или же in quantum locupletior facus est alter. Поэтому въ данномъ случаѣ особенно важенъ вопросъ, которую изъ двухъ вещей слѣдуетъ считать акцессіей. Разрѣшеніе этого вопроса можетъ быть главнымъ образомъ затруднительно при соединеніи двухъ движимыхъ вещей. Принципъ для рѣшенія его указанъ выше въ § 37, гдѣ также упомянуто, что у римскихъ юристовъ встрѣчается нѣсколько частныхъ случаевъ, неправильно разрѣшенныхъ. Главною вещью [1]) всегда должна считаться та вещь, для которой другая предназначена, ради которой другая вещь существуетъ; такимъ образомъ главною будетъ—картина по отношенію къ доскѣ или полотну, на которомъ она нарисована (pictura), сочиненіе по отношенію къ бумагѣ и прочему, хотя въ римскомъ правѣ принято обратное мнѣніе (scriptura), но ткань считается главною вещью по отношенію къ тѣмъ украшеніямъ, которыя въ нее вотканы. Въ затруднительныхъ случаяхъ вопросъ разрѣшается по объему и цѣнѣ вещей, напр. при сплавѣ двухъ металловъ въ одну массу (ferruminatio); въ кораблѣ же все опредѣляется по принадлежности киля (plumbatura).

Когда одна изъ двухъ вещей недвижимая, то несомнѣнно, что движимая вещь будетъ придаткомъ, акцессіей; такъ что здѣсь собственно важно то обстоятельство, существенно ли тѣсное

---

[1]) Изъ Пандектъ.

соединеніе ихъ и интегрируетъ ли движимая вещь съ недвижимою; тогда хозяинъ движимой вещи лишается своего права собственности въ пользу хозяина недвижимости. Здѣсь слѣдуетъ обратить вниманіе на три случая.

1) Avulsio, когда теченіемъ рѣки или чѣмъ либо другимъ отрывается часть берега и прибивается къ чьей либо землѣ. Право собственности на оторванную часть берега опредѣляется прикрѣпленіемъ ея къ землѣ другаго лица.

2) Plantatio, посѣвъ, насажденіе, укоренившееся въ землѣ. Укорененіе растеній въ чужой землѣ вообще служитъ основаніемъ пріобрѣтенія права собственности; собственникъ земли есть необходимый собственникъ растеній, пустившихъ корни въ его землю. Но можетъ возникнуть вопросъ: если дерево разрослось по землѣ, принадлежащей нѣсколькимъ отдѣльнымъ собственникамъ, то кому изъ нихъ принадлежитъ оно? Вопросъ этотъ разрѣшается не на основаніи положенія корней дерева, (законоположенія, которыя многіе юристы стремились истолковать въ этомъ смыслѣ, трактуютъ лишь объ общемъ условіи укорененія дерева въ землѣ), но по положенію ствола. Дерево, стоящее на границѣ двухъ земельныхъ участковъ in confinio принадлежитъ обоимъ сосѣдямъ pro diviso: каждому изъ нихъ принадлежатъ тѣ части дерева, которыя находятся надъ его участкомъ; по срубкѣ его оно будетъ принадлежать имъ pro indiviso, каждому по соотвѣтствующей долѣ (quota).

3) Inaedificatio. Здѣсь предполагается, что строеніе, возведенное на чужой землѣ, есть res soli, поэтому здѣсь не идетъ рѣчь о подвижныхъ строеніяхъ. Но за res soli слѣдуетъ считать все строеніе, какъ universitas, а не матеріалы; поэтому право собственности пріобрѣтается только надъ первымъ, а не надъ послѣдними, такъ что матеріалы могутъ быть виндицированы хозяиномъ ихъ послѣ того, какъ домъ развалится. Это правило представляетъ одно исключеніе—при постройкѣ чего либо на завѣдомо-чужой землѣ; но относительно его встрѣчается противорѣчіе въ положительномъ законодательствѣ [1]). Первая изъ этихъ цитатъ, равно какъ и многія другія узаконенія изъ Институцій и Пандектъ, допускаютъ исключеніе при всякой соз-

---

[1]) L. 7. §. 12. D. de adquir. rer. dom. (41,1): si quis in alieno solo sua materia aedificaverit,—si scit alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiae intelligitur, itaque neque diruto quidem aedificio vindicatio ejus materiae competit— —.L. 2. C. de R. V. (3,32): si vero fuerit dissolutum, ejus materia ad pristinum dominum redit, sive bona fide sive mala aedificium exstructum sit, si non donandi animo aedificia alieno solo imposita sint.

нательной постройкѣ на чужой землѣ, вторая же допускаетъ это исключеніе лишь при animus donandi. Послѣднее законоположеніе содержитъ правильное разрѣшеніе вопроса. Оно ставитъ этотъ послѣдній въ зависимость отъ вопроса о вознагражденіи за употребленный матеріалъ (Ersatz als Uerwendung). Если такое вознагражденіе уплачивается, то отдѣльное право собственности на матеріалъ уничтожается; точно то же бываетъ при animus donandi безъ вознагражденія за матеріалъ. Право на вознагражденіе имѣетъ не только bonae fidei possessor, но и недобросовѣстный владѣлецъ: такъ по отношенію къ impensae utiles онъ имѣетъ по крайней мѣрѣ jus tollendi. Если же собственникъ земли не хочетъ уплатить этихъ издержекъ, то онъ можетъ удовлетворить строителя стоимостью матеріаловъ по оцѣнкѣ ихъ на сломъ (на свозъ); однако строителю предоставляется право выждать отдѣленія матеріаловъ отъ земли (посредствомъ естественнаго хода вещей) и тогда требовать ихъ in natura. Такое рѣшеніе вопроса очевидно правильно, тогда какъ рѣшеніе Пандектъ ни на чемъ не основано,—такъ какъ оно не раздѣляетъ сознаніе лица о своемъ правѣ собственности отъ уничтоженія этого права и тѣмъ представляется крайне неяснымъ и спутаннымъ.

§ 165 [1]).

Своеобразный, особенный поводъ къ пріобрѣтенію права собственности посредствомъ accessio, представляютъ земли, лежащія близь общественныхъ, публичныхъ водъ. Русло общественной рѣки становится res publica и изъемлется изъ частнаго обладанія тѣхъ лицъ, которымъ принадлежатъ берега, продолженіе коихъ оно собственно составляетъ. Оно вновь дѣлается предметомъ частной собственности береговладѣльца, когда вполнѣ перестаетъ быть русломъ, т. е. когда рѣчка вполнѣ измѣняетъ свое теченіе (alvei mutatio) или когда оно только отчасти измѣняется (insula nata) [2]). Точно также обыкновенно обсуждается и незамѣтное увеличеніе берега (alluvio). Древнее ограниченіе этихъ видовъ акцессіи одними agri arcifinii, невозможность ихъ при agri limitati—уничтожилось вмѣстѣ съ этимъ подраздѣленіемъ полей на arcifinii и limitati.

---

[1]) Изъ Пандектъ.

[2]) L 65. §. 4. D. de adquir. rer. dom. (41,1): Labeo libro eodem: Si id, quo in publico innatum aut aedificatum est, publicum est, insula quoque, quae in flumine publico nata est, publica esse debet.

Скажемъ нѣсколько словъ о вышеозначенной цитатѣ, которая занимала многихъ толкователей закона. Въ одномъ изъ предшествующихъ ей опредѣленій Лабеонъ высказываетъ обыкновенное, уже разъясненное нами правило; поэтому никакъ нельзя вывести, что онъ раздѣляетъ противоположное убѣжденіе. Весьма возможно, что онъ помѣстилъ указанное опредѣленіе какъ простой выводъ, считая правило прежде имъ установленное непоколебимо признаннымъ. Если такъ, то онъ ошибся, такъ какъ ему можно возразить, что появившійся островъ не — in flumine innatum, но — часть русла, прежде занятаго общественной рѣкой. Обыкновеннымъ способомъ устраненія противорѣчія является исправленіе цитаты: non si id etc. или же признаніе означеннаго острова плоучимъ, такъ какъ только про такой островъ можно сказать, что онъ есть insula innata in flumine.

4. Пріобрѣтеніе плодовъ (Erzeugnisse) вещи.

§ 166.

Fructus pendentes суть части вещи и потому принадлежатъ собственнику цѣлой вещи, но этотъ послѣдній не имѣетъ на нихъ отдѣльнаго права собственности. Объэктами такого права плоды становятся только вслѣдствіе отдѣленія ихъ отъ главной вещи, собственникъ которой дѣлается и ихъ собственникомъ (безъ особаго акта завладѣнія), это правило относится не къ однимъ плодамъ, но и ко всѣмъ органическимъ произведеніямъ вещи вообще. Иногда пріобрѣтеніе плодовъ хозяиномъ главной вещи исключается правомъ на эти плоды другихъ лицъ, не тѣхъ, которыя упомянуты выше въ § 150, но такихъ, которыя, какъ обыкновенно и самъ собственникъ, пріобрѣтаютъ плоды посредствомъ separatio. Это суть юридическіе владѣльцы вещи, поколику они имѣютъ право на плоды ея. Такое право предоставляетъ лицамъ эмфитевзисъ, антихрезисъ, а равно и добросовѣстное владѣніе.

Пріобрѣтеніе [1]) плодовъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ построено слѣдующимъ образомъ. Такое пріобрѣтеніе совершаетъ bonae fidei possessor посредствомъ separatio—только по отношенію къ плодамъ въ собственномъ смыслѣ, а не ко всѣмъ произведеніямъ вещи, причемъ владѣлецъ не освобождается отъ обязанности возвратить плоды при виндикаціи вещи.

---

[1]) Изъ Пандектъ.

По отношенію къ сущности занимающаго насъ вопроса представляются два главныхъ воззрѣнія (не считая различныхъ отступленій въ каждомъ изъ нихъ): 1) Bonae fidei possessor пріобрѣтаетъ право собственности на плоды не посредстомъ separatio, а лишь посредствомъ consumtio. Что же пріобрѣтаетъ онъ при сепараціи? По мнѣнію основателя этого воззрѣнія—Савиньи и консеквентыхъ защитниковъ его теоріи, онъ пріобрѣтаетъ владѣніе, ведущее къ давности (Usucapionsbesitz). Нѣкоторые же изъ его учениковъ, отказавшіеся отъ этой части воззрѣнія, не могутъ дать никакого отвѣта на означенный вопросъ; 2) хотя онъ и пріобрѣтаетъ посредствомъ separatio право собственности, но это право отмѣняемо, т. е. оно не освобождаетъ его отъ реституціи, когда собственникъ вещи виндицируетъ ее, такъ какъ виндикація имѣетъ своимъ предметомъ также и плоды. Только послѣ consumtio плодовъ владѣлецъ свободенъ отъ обязанности возвращенія ихъ собственнику, плоды остаются въ его пользу (er lucrirt die Fruechte). Но собственникъ главной вещи не имѣетъ особаго иска о плодахъ и въ этомъ то собственно и заключается весь смыслъ и все значеніе этого способа пріобрѣтенія права собственности добросовѣстнымъ владѣльцемъ.

Внутренней основой перваго изъ этихъ воззрѣній Савиньи [1]) признавалъ совпаденіе права пріобрѣтенія плодовъ съ давностнымъ владѣніемъ. Онъ говоритъ, что владѣлецъ ad usucapionem пріобрѣтаетъ (подобно собственнику) посредствомъ separatio право, относящееся къ главной вещи, т. е. давностное владѣніе (какъ и при всякомъ другомъ дѣленіи вещи). Такой взглядъ невозможенъ по слѣдующимъ двумъ соображеніямъ: 1) основаніемъ пріобрѣтенія плодовъ отнюдь не служитъ possessio ad usucapionem, такъ какъ бываетъ пріобрѣтеніе плодовъ помимо давностнаго владѣнія, напр. при res vitiosa, и встрѣчается давностное владѣніе, не имѣющее послѣдствіемъ пріобрѣтеніе плодовъ—въ случаѣ mala fides superveniens [2]). Только для пріобрѣтенія fructus industriales, созданныхъ изъ имущества владѣльца и посредствомъ его же труда, по мнѣнію Юліана, mala fides superveniens не служитъ препятствіемъ, при томъ лишь въ томъ случаѣ, когда работа, трудъ на полученіе означеннаго fructus—окончены до mala fides.

2) Воззрѣніе Савиньи противорѣчитъ пріобрѣтенію права посредствомъ separatio. Оказывается, что владѣлецъ пріобрѣта-

---

[1]) Recht des Besitzes §. 22 a.

[2]) L. 48. D. de adquir. dom. (41,1), L. 48. § 6. de furt.(47 ,2), L. 33. pr. D. de usurp. (41,3), L. 24 § 2. D. de usur. (22,1).

етъ jus possessionis на вещь не посредствомъ завладѣнія ею, но лишь посредствомъ separatio, что такимъ образомъ пріобрѣтеніе владѣнія не имѣетъ никакого значенія (напр. когда отдѣляетъ, или собираетъ плоды воръ). Такое положеніе можно пожалуй высказать относительно права собственности, но отнюдь не о давностномъ владѣніи; нельзя сказать: извѣстное лицо должно пріобрѣсть давностное владѣніе, но нѣтъ необходимости, чтобы оно было владѣльцемъ Здѣсь представляется полнѣйшее противорѣчіе, и потому воззрѣніе Савиньи не выдерживаетъ критики.

Но если отказаться отъ этого положенія, то придется сказать, что bonae fidei possessor посредствомъ separatio не пріобрѣтаетъ рѣшительно ничего. Но такой выводъ прямо противорѣчилъ бы положительному праву, которое съ сепараціей соединяетъ понятіе пріобрѣтенія права собственности или какого либо другаго права. Если же поставить разрѣшеніе вопроса исключительно въ зависимость отъ consumtio плодовъ, то произойдетъ смѣшеніе права собственности съ понятіемъ lucrum (такъ какъ нельзя пріобрѣтать право собственности sine lucro, ohne zu lucriren). Наконецъ рождается еще абсурдъ. Главное законоположеніе, приводимое въ доказательство справедливости изложеннаго мнѣнія, есть L. 4. § 19. D. de usurp. (41,3) [1]), которое яко-бы означаетъ: нѣтъ необходимости узукапировать шерсть съ овецъ, такъ какъ она тотчасъ же, посредствомъ consumtio, становится собственностью лица. Такимъ образомъ оказывается возможнымъ сначала консумировать вещь, а затѣмъ—узукапировать ее.

Въ пользу втораго воззрѣнія говоритъ извѣстная естественность его юридическаго созерцанія. Сегодня истекла давность для пріобрѣтенія мною извѣстнаго участка земли, я такимъ образомъ признанъ собственникомъ этого участка, прежняя непрочность моего права исчезла. Но въ житницѣ у меня остался прошлогодній хлѣбъ, въ погребахъ прошлогоднее вино; право мое на этотъ хлѣбъ и вино, доставленныя мнѣ землей, составляющей теперь мою собственность, если слѣдовать первому изъ двухъ указанныхъ воззрѣній, будетъ неизвѣстно, непрочно до тѣхъ поръ, пока я не узукапирую ихъ отдѣльно, или же чтобы гарантировать себя отъ отнятія этихъ запасовъ хлѣба и вина, мнѣ слѣдовало бы немедленно продать или консумиро-

---

[1]) Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest, si vero apud bonae fidei emtorem, contra, quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emtoris fit. Idem in agnis dicendum, si consumti, sint, quod verum est.

вать ихъ. По второму воззрѣнію я считаюсь собственникомъ плодовъ, что впрочемъ не препятствуетъ собственнику земли виндицировать эту послѣднюю вмѣстѣ съ плодами, но лишаетъ его права виндикаціи плодовъ отдѣльно.

Въ римскомъ правѣ вопросъ о плодахъ въ дѣйствительности разрѣшенъ слѣдующимъ образомъ.

1) Извѣстное право на плоды пріобрѣтаетъ bonae fidei possessor, т. е. для пріобрѣтенія необходимы justus titulus и продолжающееся отсутствіе mala fides; см. выше.

2) Пріобрѣтеніе это совершается посредствомъ separatio, т. е. начинается съ того момента, когда плоды дѣлаются предметомъ особой виндикаціи. Такъ объясняется приведенное въ предшеств. прим. законоположеніе [1]). Приплодъ отъ стада считается частью этого стада и принадлежитъ собственнику его. Bonae fidei possessor имѣетъ на этотъ приплодъ такое же право, какъ и на все стадо вообще потому, что полной separatio еще не произошло. Сепарація совершается лишь при отдѣленіи приплода отъ стада для продажи или для потребленія; поэтому здѣсь пріобрѣтеніе заканчивается только посредствомъ consumtio [2]).

3) Онъ пріобрѣтаетъ право собственности на плоды и потому не долженъ узукапировать ихъ. Но это правило относится

---

[1]) Такое объясненіе представляется 1) натянутымъ: sera patio ягнятъ можетъ заключаться уже въ отдѣленіи ихъ отъ матерей L. 48. §. 2. D. de A. R. D. (41,1); 2) предполагающимъ владѣніе стадомъ, котораго на самомъ дѣлѣ нѣтъ, L. 30. §. 2. D. de usurp. (41,3); 3) противорѣчащимъ заключительнымъ словамъ цитаты, въ которыхъ юристъ ставитъ пріобрѣтеніе ягнятъ въ зависимость отъ consumtio, также какъ и пріобрѣтеніе шерсти. Истинный смыслъ цитаты слѣдующій: bonae fidei emtor могъ бы вообще охранять свое право на ягнятъ и шерсть также, какъ охраняется partus ancillae, т. е. посредствомъ usucapio—L. 2. D. pro suo (41, 10). Но такъ какъ ягнята и шерсть относятся къ плодамъ, т. е. къ предметамъ, назначеннымъ для потребленія, то даже нѣтъ надобности въ usucapio, потому что еще прежде охрана дается вслѣдствіе consumtio. Consumtio же относительно шерсти состоитъ въ снятіи, стрижкѣ ея, т. е. въ separatio, такъ какъ въ это время шерсть съ разныхъ овецъ смѣшивается между собой; относительно же ягнятъ, слѣдующихъ еще за своими матерями и потому легко отличимыхъ, consumtio проявляется въ особой позднѣйшей формѣ потребленія, напр. въ образованіи особаго стада ягнятъ и т. д. Вышеупомянутый мнимый абсурдъ созданъ самимъ авторомъ. Весьма понятно, что consumtio исключаетъ in concreto возможность позднѣйшей usucapio. *Прим. изд.*

[2]) Основа этого заключается во внутреннемъ соотношеніи (родствѣ) между пріобрѣтеніемъ плодовъ и спецификаціей см. § 154 ст. 408. прим. 1. Плодъ есть новая вещь, L. 10. §. 2. D. de usurp. (41,3), принадлежащая тому лицу, которое bona fide обусловило появленіе (erzeugt hat) этого плода; этимъ объясняются слова naturalis ratio, cultura et cura, встрѣчающіяся въ концѣ §. 35. I. de rer. div. (2,1) и прежде признаваемое Унтергольцнеромъ ограниченіе пріобрѣтенія права собственности одними fructus industriales.

только къ плодамъ [1]), впрочемъ какъ къ fructus indistriales такъ и къ fructus mere naturales [2]).

4) Это право собственности не есть lucrum (lucriren) плодовъ, оно не защищаетъ отъ обязанности возвращенія ихъ, см. выше. Поэтому въ цитатѣ означенной въ прим. 2 interim означаетъ то же, что statim [3]). Lucrum плодовъ происходитъ a) вслѣдствіе уничтоженія иска о правѣ собственности на вещь, давшую плодъ; b) вслѣдствіе consumtio, см. ниже.

IV. Охраненіе права собственности.

§ 167 [4]).

Право собственности охраняется противъ всякаго нарушителя его 1) посредствомъ иска, представляющагося весьма различнымъ, смотря или по характеру самаго нарушенія: — при полномъ нарушеніи (отнятіи владѣнія) — vindicatio вещи, при частичномъ нарушеніи — vindicatio libertatis rei, negatoria, или по самому основанію иска — истинный искъ о правѣ собственности — Publiciana actio, и 2) посредствомъ exceptio dominii, противопоставляемой такому требованію, отъ котораго свободенъ собственникъ и предъявленіе котораго составляетъ такимъ образомъ нарушеніе права собственности. Но не всякая защита посредствомъ ссылки на свое право собственности будетъ exceptio dominii, напр. указаніе на usucapio противъ иска о правѣ собственности или на сособственность; но эти указанія достаточны для опроверженія actio Publiciana.

А. Иски о правѣ собственности.

I. Rei vindicatio.

§ 168.

Истецъ утверждаетъ, что онъ есть собственникъ вещи; онъ поэтому долженъ доказать свое право собственности, для чего ему необходимо доказать, что онъ пріобрѣлъ это право. При

---

[1]) L. 28. D. de usurp. (22,1), L. 48. §. 3. 6. D. de furt. (47,2).

[2]) L. 48. pr. D. de adqu. rer. dom. (41,1): Bonae fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit. non tantum eos, qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet, loco domini paene est.

[3]) Cp. Puchta, Ueber den Besitzerwerb eines Kindes, Rhein. Mus. V, 3. Cp. впрочемъ L. 25. §. 2. D. de usurp. (22,1) quamdiu evictus fundus non fuerit. *Прим. изд.*

[4]) Изъ Пандектъ.

производномъ пріобрѣтеніи права онъ обязанъ доказать dominium auctoris. Вслѣдствіе этого доказательство права собственности можетъ представлять большія затрудненія. Поэтому весьма благоразумно въ такихъ случаяхъ предъявить личный искъ, которымъ можетъ быть достигнута та же цѣль. Такое же удобство кромѣ личныхъ исковъ представляютъ и владѣльческіе интердикты; наконецъ по той же причинѣ имѣетъ нѣкоторое удобство для истца и actio Publiciana. Но съ другой стороны это доказательство не такъ трудно (чертовски — actio diabolica), какъ это полагали прежде, когда имѣли въ виду всѣ производные титулы и когда поэтому оно представлялось совершенно невозможнымъ. При этомъ упускали изъ виду, что земская давность была главнымъ образомъ назначена для того, чтобы восполнить этотъ недостатокъ (доказательствъ). Въ послѣднее время [1]) стало вновь появляться въ печати мнѣніе, признанное еще въ средніе вѣка неправильнымъ, будто dominium auctoris не должно быть доказываемо. Этому мнѣнію между прочимъ противорѣчитъ то обстоятельство, что оно уничтожаетъ различіе между rei vindicatio и actio Publiciana. Это привело нѣкоторыхъ упрямыхъ приверженцевъ его къ утвержденію, что по юстиніановскому праву rei vindicatio и Publiciana одно и тоже. Это мнѣніе настолько нелѣпо, что ниже всякой критики.

Истецъ обязанъ представлять доказательства своего права собственности даже и тогда, когда оспаривается оно невполнѣ, а лишь отчасти, напр. когда истецъ утверждаетъ, что онъ сособственникъ отвѣтчика.

Здѣсь возникаетъ вопросъ, долженъ ли истецъ быть собственникомъ вещи ко времени litis contestatio и сообразно съ этимъ представлять свои доказательства, или же только ко времени произнесенія приговора. Этотъ вопросъ не имѣетъ матеріальнаго значенія, а лишь значеніе процессуальное, такъ какъ истецъ, которому разъ отказано судомъ, можетъ требовать того же по другому основанію иска, по вновь пріобрѣтенному праву собственности. Римское право и здѣсь соблюдаетъ правило: только то, что существовало къ времени litis contestatio, считается предметомъ тяжбы, in judicium deductum: такимъ образомъ во второмъ случаѣ необходима новая interpellatio. Это вполнѣ соотвѣтствуетъ основамъ правильнаго, цѣлесообразнаго порядка судопроизводства. Каноническое же право обязываетъ судью принять во вниманіе и право собственности,

---

[1]) Изъ Пандектъ.

возникшее послѣ litis contestatio, кромѣ впрочемъ того случая, когда истецъ въ исковомъ прошеніи уже сослался на опредѣленный способъ пріобрѣтенія права. Это исключеніе будетъ встрѣчаться, безъ сомнѣнія, постоянно.

Rei vindicatio предполагаетъ полное нарушеніе права собственности, т. е. отнятіе владѣнія.

Отсюда слѣдуетъ:

1) Истцомъ никогда не можетъ быть владѣлецъ. Поэтому искъ не можетъ быть предъявляемъ противъ такого лица, которое владѣетъ во имя истца, если этотъ послѣдній до того времени не отказался отъ своего владѣнія, возъимѣвъ animus non possidendi; поэтому напр. искъ не предъявляется противъ мнимаго узуфруктуарія, если онъ владѣетъ моимъ именемъ [1]), но съ другой стороны искъ можетъ быть предъявленъ противъ него, если онъ владѣетъ именемъ какого-либо посторонняго лица. При владѣніи моимъ именемъ, я долженъ предъявить actio negatoria, которою я отрицаю фактъ, что онъ—узуфруктуарій; если же онъ владѣетъ именемъ другаго лица, то кромѣ rei vindicatio я имѣю и actio negatoria.

Въ одномъ случаѣ хотѣли допустить исключеніе [2]). Объ этомъ unus casus писано было много; многіе стремились исправить цитату, вставить частицу non — non uno casu, такъ какъ думали, что нашли нѣсколько исключеній; но эти исключенія сюда не относятся, такъ какъ они должны касаться vindicatio rerum corporalium.

Поэтому слѣдуетъ прямо признать неправильнымъ мнѣніе, будто цитированное мѣсто относится къ actio confessoria и negatoria. Столь же неосновательно мнѣніе Дужà († 1688), нашедшее многихъ приверженцевъ между новыми юристами: когда истецъ предъявилъ искъ объ изв. вещи, то онъ вторично можетъ вчинить тотъ же искъ, если первоначально онъ забылъ упомянуть побочныя требованія (Nebenpraestationen). Это совершенно невѣрно. Законоположенія, приведенныя въ подтвержденіе этого мнѣнія, трактуютъ вовсе не о виндикаціи, а о личныхъ искахъ. Удивительно, какимъ образомъ столько времени не могли найти того вѣрнаго исхода, который такъ близокъ къ дѣйствительности. Составители Институцій имѣютъ здѣсь въ виду одно изъ тѣхъ постановленій, въ которыхъ проводится

---

[1]) Ср. противъ этого L. 7. pr., L. 12. D. usufr. quemadm. caveat (7,9). *Прим. изд.*

[2]) §. 2. I. de action. (4,6): — Sane uno casu qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit.

уже опровергнутая нами выше возможность одновременнаго существованія justa и injusta possessio. Въ одномъ изъ этихъ постановленій [1]) говорится, что въ такомъ случаѣ посредствомъ интердикта дѣла выиграть нельзя, и потому остается только rei vindicatio, предъявляемая здѣсь однимъ владѣльцемъ противъ другаго. Такимъ образомъ цитированное мѣсто изъ Институцій представляется ошибкой (именно съ точки зрѣнія Юстиніановскаго права); но это не противорѣчитъ правильности нашего объясненія, такъ какъ эта ошибка, имѣющая столь важное значеніе, встрѣчается in latioribus Digestorum libris [2]).

2) Отвѣтчикомъ является владѣлецъ. Causa его владѣнія не имѣетъ никакого вліянія на принятіе имъ отвѣта по иску, такъ какъ самый фактъ владѣнія есть уже нарушеніе права собственности. Causa possessionis можетъ послужить лишь основаніемъ для эксцепціи, напр. для doli exceptio, когда отвѣтчикъ ссылается на то, что владѣетъ вещью вслѣдствіе залоговаго договора, заключеннаго съ собственникомъ ея.

3) Поэтому въ сущности все равно, есть ли отвѣтчикъ юридическій или естественный (фактическій) владѣлецъ вещи; (для того, чтобы существовало нарушеніе права собственности лица, нѣтъ необходимости въ томъ, чтобы владѣлецъ приписывалъ себѣ это право). Истцу предоставляется выборъ, при призваніи кого-либо къ отвѣту, между юридическимъ и естественнымъ владѣльцами. Detentor только не вправѣ владѣть именемъ истца, см. выше. Константинъ предписалъ, чтобы детенторъ, привлеченный къ отвѣту, указывалъ то лицо, именемъ котораго онъ владѣлъ, съ тѣмъ чтобы послѣднее брало на себя отвѣтъ— съ цѣлью избѣжать двухъ исковъ о правѣ собственности: laudatio auctoris. Но этимъ не отмѣнено вышеуказанное правило, не исключена возможность привлечь къ отвѣту фактическаго владѣльца вещи. а) Когда отвѣтчикъ (detentor) назоветъ своего аактора, то вслѣдствіе этого искъ не прекращается, а продолжается, лишь мѣсто прежняго отвѣтчика заступаетъ юри-

---

[1]) L. 3. D. uti poss. (43,17): si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum; quod aliter procedat, tractemus. Si quis proponeret possessionem justam et injustam; ego possideo ex justa causa, tu vi aut clam; si a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me, neuter nostrum vincetur, nam et tu possides et ego. Cp. L. 15 §. 4. D. de precario (43.26).

[2]) Именно невѣроятно, чтобы составители Институцій одобрили и укрѣпили указанную ошибку. Поэтому естественнѣе признать отношеніе цитаты къ виндикаціи юридич. владѣльца, предъявляемой имъ противъ своихъ представителей, отвергаемое авторомъ только потому, что онъ не допускаетъ вчинанія виндикаціи противъ представителей. См. противъ этого прим. 1. стр. 440.

Прим. изд.

дическій владѣлецъ вещи. Если этотъ послѣдній откажется отвѣчать, то владѣніе переносится на истца; contumax можетъ, если захочетъ, добиваться своего права исковымъ порядкомъ; b) если отвѣтчикъ не воспользуется laudatio auctoris, то процессъ продолжается въ начатомъ порядкѣ и detentor можетъ быть принужденъ къ возвращенію вещи. Впрочемъ авктору не возбраняется виндицировать вещь съ своей стороны и требовать съ своего представителя вознагражденія за убытки, происшедшія вслѣдствіе непользованія этой laudatio auctroris. Вполнѣ невѣрно то нерѣдко встрѣчающееся воззрѣніе, которое относится къ детентору, неназвавшему своего авктора, какъ къ лицу, которое liti se obtulit; detentor отвѣчаетъ не какъ фиктивный, а какъ дѣйствительный владѣлецъ.

4) Для того, чтобы быть обязаннымъ вступить въ отвѣтъ по иску, лицо должно быть владѣльцемъ вещи ко времени litis contestatio; но недостатокъ такого владѣнія восполняется тѣмъ, что оно пріобрѣтаетъ владѣніе впослѣдствіи, лишь бы это было до момента произнесенія приговора.

5) Если отвѣтчикъ лживо отрицаетъ фактъ владѣнія, то истецъ обязанъ доказать только этотъ послѣдній, чтобы добиться реституціи вещи. По новѣйшему праву отвѣтчикъ сохраняетъ право выступать съ своей стороны въ качествѣ истца [1]). Въ римскомъ правѣ встрѣчается интердиктъ, которымъ истецъ могъ вчинить искъ во всякомъ случаѣ; это—interdictum quem fundum (duplex: tam adipiscendae quam recuperandae possessionis). Въ настоящее время владѣніе вещью передается истцу безъ всякаго интердикта по распоряженію судьи.

6) Если наоборотъ отвѣтчикъ приметъ вызовъ на тяжбу, въ дѣйствительности не владѣя вещью, этимъ онъ подчиняетъ себя приговору, какъ будто бы онъ на самомъ дѣлѣ и былъ владѣльцемъ: онъ становится fictus possessor. Исключается случай извинительной ошибки; здѣсь въ его пользу допускается реституція; впрочемъ то же бываетъ и въ случаѣ знанія истца о томъ, что отвѣчавшій по иску не владѣлъ вещью, т. е. когда истецъ собственно не былъ обманутъ.

7) Если отвѣтчикъ уже не владѣетъ вещью ко времени litiscontestatio, то искъ не можетъ состояться, даже еслибы тотъ сохранилъ какія-либо выгоды отъ своего прежняго владѣнія, напр. цѣну продажи (не такъ какъ при hereditatis petitio). Если въ это время вещь уничтожилась, или пріобрѣтена посредствомъ

---

[1]) Также и въ древнемъ правѣ: иначе не было никогда. L. un. uti poss. (8,6). *Прим. изд.*

давности новымъ владѣльцемъ, то прежнему собственнику ея предоставляется право вчинить личный искъ противъ бывшаго владѣльца in quantum locupletior factus est.

Другое дѣло, если отвѣтчикъ dolose избавился (entauesszert) отъ владѣнія. Тогда онъ отвѣчаетъ, какъ будто еще продолжаетъ владѣть: dolus pro pessessionl est. Это—второй видъ фиктивнаго владѣльца. Такимъ лицомъ, которое dolo desiit possidere, является всякій malae fidei possessor, по своей волѣ оставляющій свое владѣніе. (Это первоначально введено для hereditatis petitio и впослѣдствіи перенесено на rei vindicatio). Истцу предоставляется выбрать отвѣтчика между этимъ fictus possessor и настоящимъ владѣльцемъ (verus possessor). Но даже когда истецъ жаловался на фиктивнаго владѣльца и съ него взыскалъ стоимость вещи, то verum possessor еще не свободенъ отъ отвѣта; противъ него также возможенъ искъ, хотя истецъ и получилъ цѣну вещи, но онъ этимъ самымъ вовсе не утратилъ своего права собственности на вещь и потому можетъ требовать ее.

Utilis rei vindicatio противъ fictus possessor'a естественно требуетъ такого же обоснованія, какъ и vindicatio directa, т. е. доказательства права собственности. Если третье лицо узукапировало вещь, то rei vindicatio utilis уже не имѣетъ мѣста, а замѣняется для истца такъ называемою actio in factum ob alienationem judicii mutandi causa.

Предметъ иска.

§ 169.

Предметомъ [1]) иска, подлежащимъ всегда спеціальному и по возможности точному обозначенію со стороны истца, могутъ быть не только простыя вещи, но и universitates rerum; впрочемъ эти послѣднія должны представляться какъ отдѣльныя вещи, а не какъ количественныя массы, которыя отнюдь не могутъ быть предметомъ права собственности, напр. при требованіи денегъ виндицируется не цѣлая сумма, а каждая монета отдѣльно.

Мюленбрухъ [2]) полагалъ, что это правило допускаетъ одно исключеніе: въ случаѣ смѣшенія хлѣба (или металла), принадлежащаго разнымъ лицамъ, каждое изъ этихъ послѣднихъ въ пра-

---

[1]) Изъ Пандектъ.
[2]) Lehrbuch § 270.

вѣ виндицировать свою собственность, т. е. извѣстную quantitas (которая бы даже могла быть точно и не опредѣлена). Это мнѣніе ошибочно. Въ указанномъ случаѣ также виндицируется вещь, напр. зерна хлѣба, но при реституціи ея оказывается невозможнымъ отдѣлить ее отъ прочихъ. Если бы согласиться съ Мюленбрухомъ, то пришлось бы признать, что во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда отвѣтчикомъ по rei vindicatio является лицо, не могущее возвратить требуемую вещь, то предметомъ иска будетъ не res, а извѣстная денежная сумма.

Вещь, какъ предметъ разсматриваемаго иска, должна имѣть самостоятельное бытіе; до тѣхъ поръ она не можетъ быть предметомъ виндикаціи: этой послѣдней должно предшествовать отдѣленіе вещи посредствомъ actio ad exhibendum. Впрочемъ въ одномъ случаѣ не допускается даже и такое отдѣленіе, именно когда извѣстная вещь получила такое употребленіе въ домѣ или въ виноградникѣ, что отдѣленіе ея причинитъ вредъ самому дому или винограднику.

Собственникъ такой вещи, въ случаѣ, если хозяинъ самъ не захочетъ отдѣлить и возвратить ее, долженъ довольствоваться двойною цѣной (которой онъ можетъ требовать посредствомъ actio de tigno juncto), или выждать пока, помимо воли, произойдетъ желаемое отдѣленіе его вещи; притомъ временное отдѣленіе и немедленное возстановленіе связи не даетъ ему права виндикаціи, если отдѣленіе вещи продолжаетъ быть опаснымъ для дома и виноградника.

Цѣль иска.

§ 170.

Цѣль иска есть возвращеніе вещи cum omni causa или, говоря вообще, возстановленіе истца въ то же самое положеніе, въ которомъ онъ находился бы, если бы право его не было нарушено.

1) Возвратить вещь истцу значитъ сдѣлать его владѣльцемъ ея. Если же вещь узукапирована послѣ litis contestatio, то возвращеніе вещи истцу будетъ равносильно перенесенію на него права собственности. Теперь уже не требуется cautio (обезпеченія) противъ отчужденія или заклада вещи, такъ какъ по новѣйшему праву отчужденіе всякой res litigiosa недѣйствительно. Что же касается до мѣста, гдѣ должно совершаться возвращеніе вещи, то относительно движимой вещи истцу предоставляется право выбора между мѣстонахожденіемъ вещи и мѣстонахожденіемъ суда. Если отвѣтчикъ есть malae fidei possesser, и если вещь находится уже не въ томъ мѣстѣ, гдѣ

онъ ею завладѣлъ, то доставка происходитъ на его счетъ и подъ его отвѣтственностью; во всѣхъ же другихъ случаяхъ вещь доставляется на счетъ истца.

Если возвращеніе вещи не послѣдуетъ:

a) По причинѣ contumacia, то съ отвѣтчика присуждается все то, въ чемъ присягаетъ истецъ при jusjurandum in litem. Судья долженъ установить taxatio, но не слишкомъ тѣсно, такъ чтобы сюда могли быть подведены всевозможные интересы. (Высшей мѣрой слѣдуетъ назначить alterum tantum обыкновенной цѣны вещи).

b) То же должно сказать относительно того случая, когда возвращеніе вещи сдѣлалось невозможнымъ вслѣдствіе dolus или culpa lata, такъ напр. когда искъ предъявленъ противъ лица, умышленно лишившаго себя владѣнія (dolo disinens possidere).

c) Если facultas restituendi исчезла во время процесса вслѣдствіе какой-нибудь culpa levis или levissima, то отвѣтчикъ приговаривается къ уплатѣ истцу всего того, что онъ докажетъ обыкновеннымъ процессуальнымъ путемъ.

d) Если возвращеніе вещи стало невозможнымъ, благодаря какому нибудь casus, то отвѣтчикъ освобождается (по крайней мѣрѣ въ данную минуту, въ случаѣ представленія cautio), за исключеніемъ случая погибели вещи, которая не произошла бы, если бы вещь была возвращена истцу своевременно, напр. когда этотъ послѣдній имѣлъ res venalif, или когда отвѣтчикъ пострадалъ отъ пожара (Тогда онъ обязанъ возвратить истцу цѣну вещи). Впрочемъ обо всемъ этомъ можетъ быть рѣчь по по отношенію къ добросовѣстному владѣльцу лишь послѣ момента lites contestatio, прежде же онъ—quasi suam rem neglexit; относительно же недобросовѣстнаго владѣльца—съ начальнаго момента его владѣнія. (Про этого послѣдняго нельзя сказать quasi suam rem neglexit, поэтому помянутая обязанность вознагражденія возникаетъ при пріобрѣтеніи имъ владѣнія).

(Такимъ образомъ реституція можетъ быть совершена посредствомъ уплаты aestimatio). Уплата aestimatio равнозначуща покупкѣ. Отвѣтчикъ дѣлается собственникомъ вещи съ момента пріобрѣтенія владѣнія, какъ при традиціи. Истецъ долженъ обѣщать съ своей стороны не препятствовать этому. Лицо dolo desinens possidere не имѣетъ такого права; владѣніе его охраняется противъ иска, но онъ никогда не дѣлается собственникомъ той вещи, которою владѣлъ.

2) Возвращеніе causa rei. Сюда относится вознагражденіе за умаленіе вещи, при чемъ примѣняются тѣ же основныя правила, которыя мы указали выше относительно невозможности

возвращенія самой вещи; затѣмъ возмѣщеніе всѣхъ убытковъ, происшедшихъ отъ несвоевременнаго возвращенія вещи—главнымъ образомъ возвращеніе плодовъ.

a) Плоды, данные вещью до момента litis contestatio. Добросовѣстный владѣлецъ возвращаетъ собственнику лишь fructus exstantes, которые притомъ могутъ быть требуемы одновременно съ виндикаціей самой вещи, а отнюдь не особымъ искомъ, см. выше. Недобросовѣстный же владѣлецъ обязанъ возвратить всѣ плоды, полученные имъ отъ вещи, равно какъ и fructus a petitore percipiendi. Условіе (die Bestimmung) „a petitore" можетъ клониться къ выгодѣ истца, но можетъ также служить и къ его ущербу, напр. когда онъ имѣетъ только nuda proprietas на вещь. Потребленные плоды могутъ быть требуемы отдѣльно отъ виндикаціи, такъ какъ недобросовѣстный владѣлецъ не пріобрѣтаетъ на вещь права собственности.

b) Плоды, данные вещью послѣ litis contestatio. Въ этомъ отношеніи положеніе добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго владѣльцевъ одинаково, только подъ именемъ fructus percipiendi разумѣются (къ его выгодѣ) тѣ плоды, которые истецъ могъ собрать [1]). Къ плодамъ относятся также fructus civiles, но отнюдь не проценты съ виндицируемыхъ денегъ, когда лицо, владѣвшее ими, не пускало ихъ въ оборотъ; это происходитъ потому, что проценты могли получаться лишь вслѣдствіе затраты капитала, истецъ же, виндицирующій свои деньги, не можетъ сказать, чтобы такая затрата была всегда въ его интересахъ.

Исковое прошеніе должно быть таково: мнѣ истцу принадлежитъ право собственности на такую-то вещь, поэтому отвѣтчикъ обязанъ возвратить мнѣ ее со всѣми плодами и приращеніями (Nutzungen), а также возвратить всѣ причиненные мнѣ ущербы и расходы.

§ 171.

То основаніе [2]), на которомъ владѣетъ вещью отвѣтчикъ, не освобождаетъ его отъ обязанности принять искъ (§ 168), но оно можетъ дать ему эксцепцію противъ иска, напр. въ томъ случаѣ, когда отвѣтчикъ имѣетъ право владѣнія вещью, благо-

---

[1]) Это было бы exceptio de jure tertii (фруктуарія). Опредѣленіе a petitore также должно быть отвергнуто, такъ какъ оно коренится на неправильномъ чтеніи въ L. 62. §. 1. D. de R. V. (6,1) слова fruiturus вмѣсто fruitus sit. Savigny, System, т. VI. стр. 114—116. *Прим. изд.*

[2]) Изъ Пандектъ.

даря какому-нибудь jus in re, или когда истецъ, договоромъ съ нимъ заключеннымъ, обязался оставить ему вещь. Такого рода эксцепція называется exceptio rei venditae et traditae. Она имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда виндицируемая вещь истцемъ (или авкторомъ его) была передана (tradirt) отвѣтчику ex justa causa, но право собственности не перешло къ нему вслѣдствіе какого-либо особаго препятствія, напр. отъ того, что традентъ въ то время не былъ собственникомъ вещи, или что цѣна ея не была уплачена и сдѣлка не была совершена въ кредитъ.

Exceptio doli допускается противъ требованія затратъ на вещь, подлежащую возвращенію. Возмѣщеніе такихъ затратъ, сдѣланныхъ владѣльцемъ изъ собственныхъ денегъ, зависитъ отчасти отъ добросовѣстности или недобросовѣстности владѣнія, отчасти отъ свойства самыхъ расходовъ. Въ послѣднемъ отношеніи различаются: 1) impensae necessariae, т. е. такіе расходы, которые необходимы для сохраненія вещи въ цѣлости, quae si facta non essent, res aut peritura aut deterior futura sit, таковы напр. расходы на прокормленіе животнаго, на ремонтъ зданія, на постройку кладовыхъ для склада хлѣба; 2) impensae utiles, т. е. такіе, которые увеличиваютъ доходъ и пользу отъ вещи, quae meliorem rem faciunt, напр. возведеніе новыхъ построекъ, или расширеніе прежнихъ и т. д. (Culturaufwand); 3) impensae voluptuariae, quae speciem duntaxat ornant, non etiam fructum augent. Украшеніе дома можетъ относиться напр. къ impensae utiles, когда онъ назначенъ для отдачи внаймы, во всѣхъ же другихъ случаяхъ это будетъ impensae voluptuariae, къ которымъ вообще относятся всѣ затраты, не подходящія къ первымъ двумъ категоріямъ. Impensae necessariae возвращаются каждому владѣльцу, который кромѣ того имѣетъ право удержать у себя самую вещь до возвращенія ему этихъ издержекъ. Если эти расходы сдѣланы въ счетъ плодовъ, то они составляютъ минусъ изъ количества собранныхъ плодовъ. Поэтому не принимаются въ разсчетъ напрасныя издержки, т. е. когда напр. плоды не были собраны. Исключеніе изъ этого общаго правила представляется лишь для вора, которому даже не возвращаются impensae necessariae.

Impensae utiles возвращаются добросовѣстному владѣльцу, за исключеніемъ того случая, когда эти расходы такъ велики, что просто недоступны для собственника вещи; тогда они признаются какъ бы impensae voluptuariae. Недобросовѣстный владѣлецъ не имѣетъ права на вознагражденіе, а имѣетъ лишь jus tollendi, т. е. право взять все имъ пристроенное обратно, подъ тѣмъ однако условіемъ, чтобы все то, что онъ мо-

жетъ взять обратно, имѣло для него извѣстную цѣну; цѣну эту собственникъ вещи можетъ ему уплатить и тѣмъ устранить означенное jus tollendi.

Impensae voluptuariae не возвращаются никогда; упомянутое jus tollendi имѣетъ мѣсто и здѣсь, также подъ тѣмъ условіемъ, что истецъ можетъ устранить это право уплатою той цѣны, которую имѣли бы улучшенія послѣ ихъ отдѣленія.

Къ затратамъ, подлежащимъ возвращенію, можетъ относиться цѣна продажи, которую заплатилъ владѣлецъ вещи, если благодаря этой покупкѣ вещь сохранилась въ цѣлости. Кромѣ этого случая не существуетъ обязанности возвращенія и владѣлецъ долженъ имѣть дѣло съ тѣмъ лицомъ, которое ему продало вещь; хотя все-таки исключается тотъ случай, когда цѣна продажи поступила въ имущество истца и тѣмъ сдѣлала его богаче.

2. negatoria in rem actio.

§ 172.

Искъ этотъ употребляется при частичномъ нарушеніи права, напр. при произвольномъ присвоеніи себѣ какимъ-нибудь лицомъ сервитута или при всякомъ другомъ дѣяніи его, препятствующемъ полному осуществленію права собственности истца, напр. исключительному пользованію собственною вещью, его. Какъ въ rei vindicatio не представляется необходимости въ притязаніи отвѣтчика на право собственности надъ вещью такъ и для actio negatoria вовсе не требуется, чтобы отвѣтчикъ въ подтвержденіе своего права на вещь истца ссылался непремѣнно на сервитутъ, хотя на самомъ дѣлѣ это почти всегда такъ и бываетъ, вслѣдствіе чего въ положительномъ правѣ actio negatoria всегда упоминается въ связи съ сервитутами напр. въ узаконеніи о возможности охранять сервитутъ посредствомъ actio negatoria или actio confessoria. Такое постановленіе отнюдь не слѣдуетъ понимать слишкомъ исключительно.

Въ случаѣ присвоенія себѣ отвѣтчикомъ такого личнаго сервитута, осуществленіе котораго находится въ связи съ держаніемъ вещи (detentio), возможно столкновеніе разсматриваемаго иска съ rei vindicatio: 1) когда отвѣтчикъ утверждаетъ, что онъ владѣетъ отъ имени истца, то допускается лишь rei vindicatio [1]), 2) при заявленіи же съ его стороны о владѣніи

---

[1]) Ср. противъ этого § 168, прим. 1. стр. 440. *Прим. изд.*

отъ имени какого-либо третьяго лица, допускается не только rei vindicatio, но и actio negatoria.

Цѣль этого иска вообще—охранить свободу вещи, vindicatio libertatis. Понятіе это отрицательное, отъ того и самая intentio иска, отъ которой онъ получилъ свое названіе, отрицательная: jus ei non esse hoc facere. Эта цѣль иска была неоднократно смѣшиваема съ основою его, при чемъ утверждали, что послѣднею является свобода права собственности. Но эта свобода сама по себѣ—не право, а лишь одно, и притомъ отрицательное, свойство права собственности.

Вслѣдствіе этого заблужденія возникъ и долгое время продолжался споръ относительно обязанности представлять доказательства. Истецъ здѣсь также обязанъ подкрѣпить доказательствами основу своего иска—въ той мѣрѣ, въ какой она отрицается противною стороной; если онъ этого не сдѣлаетъ, то, благодаря commodum possessoris, побѣда останется за отвѣтчикомъ, хотя бы тотъ съ своей стороны не доказалъ ничего. Основою иска, подлежащею доказательству, многіе считали свободу права собственности, при чемъ необходимость этого доказательства устраняли презумціей наличности этой свободы; но презумція эта не имѣла мѣста въ томъ случаѣ, когда отвѣтчикъ являлся владѣльцемъ оспариваемаго права и т. п., при чемъ ссылались на нѣкоторыя законоположенія, которыя, впрочемъ, не относятся къ занимающему насъ вопросу. Такъ, въ первомъ [1]) идетъ рѣчь объ обязанности представленія доказательствъ, а не о предметѣ, подлежащемъ доказыванію (Beweisthema): если сервитутомъ въ данное время владѣетъ извѣстное лицо, то оно можетъ заставить своего противника выступить въ качествѣ истца и тѣмъ обязать его представить доказательства его права собственности. Во второмъ [2]) же идетъ

---

[1]) L 8. §. 3. D. si serv (8,5): Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partis sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum, qui servitutem sibi deberi ait, si vero non sunt immissa, eum, qui negat.

[2]) L. 15. D. de O. N. N. (39,1): Si priusquam aedificatum esset, ageretur, jus vicino non esse aedes altius tollere, nec res ab eo defenderetur, partes judicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cavere juberet, non prius se aedificaturum, quam ultro egisset, jus sibi esse altius tollere. Idemque e contrario, si cum quis agere vellet, jus sibi esse invito adversario altius tollere, et non defendente similiter, inquit, officio judicis continebitur, ut cavere adversarium juberet, nec opus novum se nunciaturum nec aedificanti vim facturum. Eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut de juresuo probare necesse haberet: id enim esse petitoris partes sustinere.

рѣчь о двухъ, противостоящихъ другъ другу, actiones confessoriae (ср. § 184).

Въ настоящее время господствуетъ слѣдующее, по нашему мнѣнію, правильное воззрѣніе. Actio negatoria отличается отъ rei vindicatio не основою своей, а поводомъ; какъ тотъ, такъ и другой искъ имѣютъ своимъ предметомъ право собственности; основою иска, подлежащею доказыванію, является именно это право. Onus probandi обусловливается тѣмъ, предъявляетъ ли одна сторона actio negatoria, или же другая сторона выступаетъ съ своею actio confessoria; эта послѣдняя уже не можетъ отрицать свое право собственности и тѣмъ принудить первую къ представленію доказательствъ. Это обстоятельство не имѣетъ никакого значенія для доказательства: если отвѣтчикъ ссылается на сервитутъ, какъ на право ему принадлежащее, то такая ссылка представляется, съ матеріальной точки зрѣнія, экцепціей, которая и должна быть имъ доказана.

Цѣлью разсматриваемаго иска является прежде всего устраненіе правонарушенія т. е. возстановленіе первоначальнаго положенія вещей, вслѣдствіе чего требуется cautio verbalis. Кромѣ того actio negatoria имѣетъ своею цѣлью—вознагражденіе истца за понесенные вредъ и убытки и запрещеніе дальнѣйшаго правонарушенія.—Практика допустила, въ случаѣ повторенія нарушенія послѣ наказанія по суду, установленіе особой cautio realis: de non amplius turbando.

Просительный пунктъ этого иска слѣдующій: обязать отвѣтчика подъ страхомъ извѣстнаго наказанія воздерживаться отъ всякихъ нападеній на право собственности истца, а именно не ходить по его земельному участку и пр., и кромѣ того вознаградить его за всѣ понесенные вредъ и убытки [1]).

---

[1]) Объясненія автора стоятъ въ тѣсной связи съ установленнымъ имъ выше (§ 144) понятіемъ права собственности и потому требуютъ опроверженія: 1) Основою разсматриваемой actio negatoria служитъ не право собственности—вопросъ о томъ, кому принадлежитъ вещь, вовсе не возбуждается,—а извѣстное jus prohibendi (право сопротивленія, запрещенія); 2) доказательства существованія этого jus prohibendi долженъ представить истецъ, если онъ въ данный моментъ не владѣетъ имъ (de jure suo probare), при чемъ право собственности, въ особенности же право общей собственности, считается отдѣленнымъ и посредственнымъ источникомъ возникновенія этого jus prohibendi; 3) это послѣднее предоставляется собственнику только противъ сервитутовъ, но не по отношенію къ закладному праву, къ superficies, emphyteusis и къ притязаніямъ, основаннымъ на извѣстныхъ обязательственныхъ отношеніяхъ (obligatorische Ansprueche). Къ такому результату проводитъ насъ какъ сравненіе формулъ, установленныхъ для rei vindicatio и actio negatoria, такъ и положеніе ихъ въ источникахъ римскаго права. Правильный взглядъ на нихъ особенно важенъ при res judicata. *Прим. изд.*

B. Publiciana in rem actio.

§ 173.

Надлежащимъ образомъ совершившаяся usucapio превращаетъ бонитарное право собственности въ квиритское, давностное владѣніе — въ собственность. Но до окончанія давностнаго срока признавалось правильнымъ и полезнымъ охранять владѣніе узукапіента противъ притязаній со стороны посторонняго лица— несобственника, — не могущаго представить въ подкрѣпленіе своихъ требованій права, равнаго праву узукапіента; при извѣстныхъ обстоятельствахъ представляется справедливымъ охранять этого послѣдняго противъ притязаній собственника узукапируемой вещи. Преторъ предоставилъ бонитарному собственнику, узукапіенту, особую виндикацію—Publiciana in rem actio. Въ формулѣ ея заключалась фикція вполнѣ оконченной usucapio, чѣмъ выражалось требованіе, чтобы она обсуждалось совершенно точно такъ же (за исключеніемъ вопроса объ основѣ), какъ и настоящій искъ о правѣ собственности.

Различіе между ними заключается не въ назначеніи и цѣли, которыя тождественны въ обоихъ, но въ обоснованіи иска, а вслѣдствіе этого и въ доказательствѣ его. Publiciana in rem actio основывается на возможности (обыкновенной) usucapio. Она требуетъ:

1) Способности вещи быть пріобрѣтаемою посредствомъ давности (Usucapionsfaehigkeit). Въ случаяхъ невозможности настоящей usucapio, но когда допускается longi temporis possessio,—actio Publiciana примѣняется по аналогіи [1]). Наличность этого условія не должна быть доказываема истцомъ; напротивъ, отвѣтчикъ обязанъ доказать его недостатокъ.

2) Justa causa. Преторскій эдиктъ требуетъ традиціи ex justa causa; но основою этого иска можетъ также, по моему мнѣнію, служить и первообразный титулъ владѣнія. Въ случаѣ, если извѣстный титулъ предоставляетъ лицу право собственности помимо пріобрѣтенія владѣнія (напр. отказъ по завѣщанію), то для actio Publiciana даже не требуется, чтобы истецъ былъ когда-либо владѣльцемъ; достаточно одной возможности сдѣлаться владѣльцемъ на основаніи этого титула. Поэтому при куплѣ-продажѣ не требуется даже pretium solutum, составляющее необходимое условіе пріобрѣтенія права собственности, а слѣдовательно и давностнаго владѣнія [2]).

---

[1]) L. 12. §. 2. 3. D. de Publ. in rem actione (6, 2).

[2]) Это нигдѣ не сказано, да и вполнѣ неосновательно, такъ какъ уплата

Въ римскихъ источникахъ есть два законоположенія [1]), опредѣляющія послѣдствія покупки вещи у сумасшедшаго. Если у него будетъ куплена вещь безъ вѣдома о разстройствѣ его умственныхъ способностей, то покупатель можетъ узукапировать, но не pro emtore, а pro suo; одно изъ этихъ законоположеній признаетъ за покупателемъ право на actio Publiciana, другое—не признаетъ его на томъ основаніи, что купля-продажа недѣйствительна. Это кажущее противорѣчіе нѣкоторые юристы считали необъяснимымъ, между тѣмъ какъ оно устраняется весьма легко. Въ первомъ законоположеніи, признающемъ право на actio Publiciana, разумѣется предъявленіе этого иска противъ традента (replicatio rei venditae et traditae), какъ это видно изъ дополнительныхъ опредѣленій закона.

3) Bona fides. Страннымъ представляется вопросъ: лишаетъ ли mala fides superveniens права на actio Publiciana? Искъ этотъ основывается на такомъ пріобрѣтеніи вещи, при которомъ возможна usucapio. Условіемъ такого пріобрѣтенія, а потому и условіемъ actio Publiciana, является bona fides, впрочемъ только въ виду начала пріобрѣтенія. Actio Publiciana никогда не предполагаетъ продолжающейся usucapio; предъявленіемъ ея противъ владѣльца всегда прерывается теченіе земской давности [2]).

Опредѣленіе каноническаго права не имѣетъ на нее никакого вліянія; мы можемъ только сказать, что хотя теченіе земской давности прерывается, однако это не препятствуетъ самой actio Publiciana.

Доказательства истца должны быть направлены на justa causa и на традицію—въ тѣхъ случаяхъ, когда послѣдняя необходима для пріобрѣтенія права собственности. Поэтому actio Publiciana представляется удобною и для собственника, такъ какъ онъ, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, можетъ посредствомъ нея легчайшимъ путемъ добиться того же, что дости-

---

покупателемъ цѣны продажи важна для продавца, а не для третьяго лица—собственника вещи. Продавецъ, конечно, имѣетъ право предъявить противъ actio Publiciana—exceptio non impleti contractus. *Прим. изд.*

[1]) L. 7. §. 2. D. de Publiciana (6, 2): Marcellus libro XVII. Digestorum scribit, cum, qui a furioso ignorans eumsfurere emit, po se usucapere, ergo et Publicianam habebit. — L. 2. §. 16. D. pro emt. (41, 4): Si a furioso, quem putem sanae mentis emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emtio, et ideo neque de evictione actio nascitur mihi, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis.

[2]) Авторъ хочетъ сказать, что предъявленіе actio Publiciana предполагаетъ предшествующее отнятіе владѣнія отвѣтчикомъ у истца, которое и прерываетъ теченіе земской давности. *Прим. изд.*

гается имъ посредствомъ rei vindicatio. Поэтому цѣлесообразно кумулировать оба эти иска, что и допускается на практикѣ.

Здѣсь возникаетъ вопросъ: при какихъ именно обстоятельствахъ имѣетъ мѣсто такое соединеніе обоихъ исковъ и насколько съ другой стороны [1]) возможно отдѣльное примѣненіе виндикаціи?

Если бы вездѣ истецъ достигалъ своей цѣли посредствомъ actio Publiciana такъ же удобно, какъ и посредствомъ rei vindicatio, и на оборотъ, если бы въ случаяхъ безполезности actio Publiciana безполезною представлялась бы и виндикація, то это соотвѣтствовало бы полному уничтоженію послѣдней первою. Но этого на самомъ дѣлѣ нѣтъ. Нѣкоторые же новые юристы провели различіе примѣненія обоихъ исковъ на практикѣ слишкомъ далеко, установивъ такое различіе тамъ, гдѣ его вовсе не существуетъ.

1) Publiciana вполнѣ замѣняетъ виндикацію, когда отвѣтчикъ infirmiore jure possidet, т. е. когда онъ не является также давностнымъ владѣльцемъ.

2) Actio Publiciana представляется менѣе дѣйствительною, чѣмъ виндикація, если отвѣтчикъ есть также давностный владѣлецъ. Exceptio bonae fidei possessionis защищаетъ отвѣтчика лишь противъ перваго изъ означенныхъ исковъ, а не противъ втораго (кромѣ впрочемъ случая соединенія ея съ exceptio rei venditae et traditae), in pari causa mèlior est conditio possendentis. И такъ здѣсь виндикація не можетъ быть замѣнена публиціанскимъ искомъ.

3) Обыкновенно говорятъ, что actio Publiciana менѣе дѣйствительна противъ собственника вещи, чѣмъ rei vindicasio; но это не вѣрно. Одно простое заявленіе отвѣтчика о томъ, что онъ—собственникъ вещи—exceptio dominii—не парализируетъ дѣйствія разсматриваемаго иска; такое послѣдствіе имѣетъ лишь полное доказательство этого заявленія: истцу отказываютъ въ искѣ лишь въ томъ случаѣ, когда отвѣтчикъ надлежащимъ образомъ докажетъ свою exceptio dominii. Но совершенно тѣ же самыя послѣдствія будутъ въ случаѣ предъявленія виндикаціи: доказательство права собственности со стороны отвѣтчика разрушаетъ всѣ доводы истца и имѣетъ своимъ послѣдствіемъ отказъ въ искѣ. Наоборотъ, если отвѣтчикъ надлежащимъ образомъ не докажетъ своего права собственности, то, будетъ ли предъя-

---

[1]) Parbs, cit. стр. 65, вмѣсто словъ: „съ другой стороны"—dagegen—употребляетъ слово „притомъ"—daneben. Но, по нашему мнѣнію, авторъ имѣлъ въ виду не стеченіе или соединеніе исковъ, а коллизію между ними.

Прим. изд.

влена actio Publiciana или rei vindicatio—все равно, побѣда остается за истцомъ.

Даже бываютъ такіе случаи, когда Publiciana in rem actio оказывается дѣйствительною противъ собственника вещи, между тѣмъ какъ виндикація осталась бы недѣйствительною; именно—когда exceptio dominii парализируется посредствомъ replicatio doli; когда напр. res vendita et tradita или иное какое-либо обязательственное основаніе возлагаютъ на собственника вещи обязанность предоставить ее истцу, напр. въ случаѣ noxae deditio какой-либо вещи такимъ лицомъ, которое не имѣетъ на нее права собственности. Означенная replicatio направляется также противъ всякаго лица, производящаго свое право отъ собственника вещи. Если бы въ этомъ случаѣ истецъ предъявилъ виндикацію, то на немъ лежала бы обязанность представить доказательства права собственности; исполнить это онъ бы не могъ и потому уже долженъ былъ бы проиграть дѣло, при чемъ о репликахъ вовсе не было бы и рѣчи, такъ какъ реплики допускаются только противъ эксцепціи, здѣсь же отвѣтчикъ могъ бы ограничиться простымъ отрицаніемъ.

Actio Publiciana допускается не только въ смыслѣ виндикаціи вещи, но и въ качествѣ negatoria in rem actio. Въ этомъ случаѣ также необходимо предоставить собственнику облегченіе доказательства его права, такъ какъ весьма возможно, что отвѣтчикъ будетъ отрицать оное изъ желанія затянуть, запутать дѣло. Необходимость эта чувствовалась еще въ средніе вѣка. Но обыкновенно въ удовлетвореніи ея заходили слишкомъ далеко, напр. требовали простаго (bosz) владѣнія, или одного удостовѣренія права собственности, что представляется не только матеріальною несправедливостью, такъ какъ должно имѣть въ виду, чтобы отвѣтчикъ не былъ тревожимъ лицомъ, не имѣющимъ никакого на то права, но и полнѣйшимъ произволомъ, не имѣющимъ ни малѣйшаго внутренняго основанія. Практика ближе подошла къ дѣйствительности, установивъ требованіе удостовѣренія *давностнаго владѣнія;* впрочемъ и она погрѣшила въ томъ отношеніи, что требуетъ *простаго* удостовѣренія, а не полнаго доказательства. Правильнымъ представляется, по моему мнѣнію, допустить такую actio Publiciana negatoria, въ которой истецъ обязанъ бы былъ представлять тѣ же доказательства, какъ и при обыкновенной actio Publiciana [1]). Это приведетъ къ желанной цѣли, если только отвѣтчикъ не докажетъ, что лицо, отъ котораго онъ производитъ свое право, было

---

[1]) Ср. Puchta, Ueber die Negatorienklage, Rhein. Mus. I, стр. 165.

также давностнымъ владѣльцемъ; въ этомъ послѣднемъ случаѣ истецъ долженъ будетъ предъявить обыкновенную actio negatoria и доказывать свое право собственности на вещь.

Въ просительномъ пунктѣ (petitum) иска Publiciana обыкновенно bonae fidei possessio обозначается терминомъ quasi-dominium. Поэтому при виндикаціи требуется признаніе принадлежности истцу права собственности vel quasi и пр.; при actio negatoria—признаніе обязанности отвѣтчика воздерживаться отъ нарушенія права собственности—vel quasi истца и пр. Въ обоихъ случаяхъ petitum представляетъ кумуляцію actio Publiciana съ исками о правѣ собственности.

ГЛАВА III.

Superficies и Emphyteusis.

§ 174—177.

Есть два рода sura in re, имѣющихъ большое сходство съ правомъ собственности, какъ по обширности ихъ содержанія, такъ и потому, что они не ограничиваются однимъ какимъ либо субъэктомъ, а представляются отчуждаемыми и наслѣдственными. Такая аналогія между ними и правомъ собственности распространяется даже на ихъ охраненіе—посредствомъ utilis in rem actio, которая въ отношеніи повода и цѣли, но не въ отношеніи обоснованія, обсуждается совершенно такъ же, какъ искъ о правѣ собственности. Сходство это вызвало еще у древнихъ римскихъ юристовъ сомнѣніе, не слѣдуетъ ли обсуждать эти права, какъ право собственности. Сомнѣніе это возобновлялось неоднократно со времени среднихъ вѣковъ. Прежде господствовало мнѣніе, будто эти права слѣдуетъ считать за dominium utile; нынѣ это мнѣніе всѣми оставлено.

Права эти слѣдующія:

1) Superficies,—право на постройку, предоставляющее субъэкту его полное распоряженіе суперфиціемъ, при чемъ господство это не распространяется на почву. Сомнѣніе относительно свойствъ этого права устраняется здѣсь логической невозможностью примѣнить къ нему понятіе права собственности: суперфиціарій могъ бы только въ томъ случаѣ считаться собственникомъ, если бы было возможно отдѣльное право собственности на суперфицій—безъ почвы, на которой онъ стоитъ.

2) Emphyteusis,—право на назначенный для земледѣлія земельный участокъ, съ властью полнаго пользованія имъ, сопровождаемою даже фактическимъ владѣніемъ—corporis possessio [1]), такъ что бытіе чужаго права собственности на этотъ участокъ познается лишь по нѣкоторымъ обязанностямъ, которыя лежатъ на эмфитевторѣ по отношеніи къ собственнику. Новѣйшій эмфитевзисъ примыкаетъ къ древнѣйшему, подобному же

---

[1]) Ср. противъ этого § 125, прим. 5, стр. 330. *Прим. изд.*

отношенію—къ владѣнію такъ называемымъ ager vectigalis. Подъ agri vectigales разумѣлись такія государственныя земли, которыя отдавались во владѣніе и пользованіе частныхъ лицъ за извѣстную пошлину—vectigal; въ позднѣйшее время этимъ именемъ назывались земли, отданныя городскимъ общинамъ и коллегіямъ священнослужителей и сохранившія свое назначеніе—служить для раздачи частнымъ лицамъ за извѣстное vectigal. Основныя начала пользованія этими землями были впослѣдствіи примѣнены къ тѣмъ эмфитезисамъ, которые образовались въ имѣніяхъ не только государей и церквей, но и богатыхъ частныхъ собственниковъ. Въ это время между римскими юристами уже возникло мнѣніе, будто владѣльцы этихъ agri vectigales суть собственники ихъ; хотя оно вскорѣ было отвергнуто, но оно появилось вновь во времена христіанскихъ императоровъ—по отношенію къ эмфитевзисамъ. Вслѣдствіе этого императоръ Зенонъ, въ спеціально для этого изданномъ законѣ [1]), опредѣлилъ, что установленіе эмфитевзиса не должно считаться ни перенесеніемъ права собственности съ одного лица на другое, ни даже простымъ обязательствомъ (или какъ онъ выражается: ни продажей, ни обыкновенной отдачей въ аренду), но чѣмъ-то третьимъ, а именно—особымъ jus in re [2]).

Въ обоихъ указанныхъ юридическихъ отношеніяхъ вещное право связано съ извѣстнымъ обязательствомъ, такъ что каждое лицо, пріобрѣтающее одно изъ этихъ правъ, вступаетъ въ обязательство съ собственникомъ и наоборотъ каждый пріобрѣтатель права собственности—въ обязательство съ суперфиціаріемъ или эмфитевторомъ. Существующее здѣсь обязательство составляетъ содержаніе этого отношенія, принадлежащее къ области jus civile; вещное же содержаніе присоединено къ нему преторскимъ правомъ. Такъ преторъ прежде всего предоставилъ ему охраненіе посредствомъ интердиктовъ, котораго не имѣютъ исключительно-обязательственныя юридическія отношенія: int. de superficie, de loco publico fruendo [3]), и по-

---

[1]) L. 1. C. de jure emphyt. (4,66).

[2]) Законъ этотъ имѣетъ болѣе спеціальную и практическую цѣль, чѣмъ разрѣшеніе такого элементарнаго вопроса, который не находится ни въ какой непосредственной связи съ споромъ о наличности купли-продажи или аренды и который еще во время классическихъ юристовъ былъ разрѣшенъ въ смыслѣ существованія jus in re. См. §. 125, прим. 5. Опредѣленіе закона касается лишь periculum: эмфитевторъ не долженъ страдать отъ погибели вещи, подобно покупателю, но совершенно быть свободнымъ отъ ущерба—подобно арендатору, но онъ долженъ нести отвѣтственность лишь за порчу вещи.
Прим. изд.

[3]) Этотъ интердиктъ сюда не относится; онъ служитъ не для защиты владѣнія земельнымъ участкомъ, отданнымъ за извѣстное vectigal, а для защи-

средствомъ utilis in rem actio: de superficie vectigalis (emphyteuticaria).

При superficies обязательственное отношеніе опредѣляется тою юридическою сдѣлкою, которою устанавливается это jus in re. Такою сдѣлкою можетъ быть 1) отдача внаймы существующаго строенія; но вещное право признается здѣсь лишь въ томъ случаѣ, когда строеніе отдается внаймы навсегда или по крайней мѣрѣ на весьма долгій срокъ; 2) отдача внаймы земли для возведенія на ней суперфиція (solarium); здѣсь всегда слѣдуетъ признавать наличность извѣстнаго вещнаго права. Впрочемъ суперфицій установляется также посредствомъ покупки (ограничивающейся именно этимъ правомъ), даренія, завѣщанія и пр. Договоръ, обусловливающій возникновеніе обязательства, признается достаточнымъ для возникновенія вещнаго права, находящагося съ нимъ въ такой тѣсной связи. Нѣкоторые юристы вполнѣ произвольно и ошибочно требовали совершенія традиціи; заблужденіе это коренится въ признаніи традиціи всеобщимъ способомъ возникновенія вещныхъ правъ. Путемъ земской давности superficies возникать не можетъ; но за то мыслимъ переходъ его отъ одного лица къ другому вслѣдствіе usucapio.

По самому свойству разсматриваемаго права оно должно прекращаться съ уничтоженіемъ строенія (уничтоженіе суперфиція, въ естественномъ смыслѣ слова, разрушаетъ суперфицій—какъ право). Въ случаѣ вторичнаго возведенія постройки прежній суперфицій не возобновляется, а является новый, напр. при отдачѣ земли на извѣстное время съ цѣлью постройки зданія. Прежній суперфиціарій не имѣетъ права на матеріалъ разрушившагося зданія, хотя бы онъ самъ построилъ его. Право суперфіціарія имѣетъ своимъ объэктомъ лишь всю universitas.

Въ практической примѣнимости разсмотрѣннаго юридическаго института въ настоящее время не можетъ быть никакого сомнѣнія.

Эмфитевзисъ возникъ изъ арендного договора. Онъ отличается отъ обыкновенной аренды продолжительностью своего бытія и своимъ вещнымъ характеромъ, связаннымъ съ обязательствомъ. Такое свойство эмфитевзиса не потерпѣло никакихъ измѣненій вслѣдствіе изданія закона Зенона (см. выше). Такимъ происхожденіемъ эмфитевзиса опредѣляется характеръ этого юридическаго отношенія, которое отнюдь не должно быть сме-

---

ты откупщика (publicanus), взявшаго въ аренду сборъ пошлинъ (vectigal). *Прим. ред.*

шиваемо съ подобными же отношеніями туземнаго германскаго права [1]), къ которымъ весьма часто по ошибкѣ примѣняли римскіе принципы.

Этотъ особенный характеръ эмфитевзиса, опредѣляемый римскими законами, заключается въ томъ, что установленіе эмфитевзиса со стороны собственника земли не должно считаться умаленіемъ его имущества, точно такъ же, какъ не умаляется оно вслѣдствіе отдачи земли въ аренду; а равно и пріобрѣтеніе его эмфитевторомъ (безплатно) не должно считаться обогащеніемъ его. Онъ является только поводомъ къ труду. Поэтому всегда предполагается, что praestationes эмфитевтора назначены именно такимъ образомъ, чтобы достигался означенный результатъ. На эмфитевторѣ [2]) лежатъ слѣдующія главныя обязанности: уплата государственныхъ налоговъ и представленіе квитанцій во взносѣ ихъ ежегодно собственнику земли, и уплата послѣднему извѣстной суммы за каждый годъ пользованія землей (canon, pensio); канонъ этотъ имѣетъ характеръ арендной платы и поэтому не взимается въ тѣхъ случаяхъ, когда плоды отъ земли уничтожены какимъ-либо несчастіемъ [3]).

Эмфитевзисъ можетъ быть предметомъ возмезднаго отчужденія со стороны эмфитевтора лишь настолько, насколько онъ имъ улучшенъ, насколько земля, находясь во владѣніи эмфитевтора, сдѣлалась плодороднѣе и приноситъ больше выгодъ. Эти-то улучшенія (Meliorationen) и продаются эмфитевторомъ. Этимъ объясняется то обстоятельство, что здѣсь, такъ же какъ и въ арендѣ, невозможна derelictio. Данное юридическое отношеніе продолжительнѣе аренды; поэтому казалось справедливымъ предоставить собственнику земли еще нѣкоторыя особыя права, а именно право преимущественной покупки вслѣдствіе котораго эмфитевторъ обязанъ сообщать собственнику земли о предполагаемой имъ продажѣ эмфитевзиса (т. е. его улучшеній), право требовать себѣ извѣстную долю продажной цѣны эмфитевзиса при переходѣ его къ другому лицу путемъ сингулярнаго преемства (доля эта называется Handlohn, laudemium и опредѣляется по закону въ 2% съ цѣны продажи, если она не была установлена особымъ соглашеніемъ).

Эмфитевзисъ [2]) установляется посредствомъ завѣщанія или договора; нигдѣ въ законахъ не требуется традиціи, какъ условія возникновенія вещнаго права. Отступленія отъ установлен-

---

[1]) Ср. Gerber, Sytem des deutschen Privatrechts. §. 138.
Прим. изд.

[2]) Изъ Пандектъ.

[3]) L. 15. §. 4. D. loc. (19,2).

наго закономъ содержанія эмфитевтическаго права могутъ имѣть мѣсто только вслѣдствіе облеченнаго въ письменную форму соглашенія сторонъ; кромѣ того письменный договоръ необходимъ для установленія эмфитевзиса на церковныхъ земляхъ. Земская давность не можетъ служить способомъ установленія эмфитевзиса, но уже существующее эмфитевтическое право можетъ путемъ давности переходить отъ одного лица къ другому. Emphyteusis прекращается, кромѣ общихъ способовъ прекращенія права (гибели вещи, confusio, истеченія назначеннаго срока и взаимнаго соглашенія), вслѣдствіе смерти эмфитевтора—безъ назначенія наслѣдника (unbeerbt) и вслѣдствіе присвоеннаго собственнику права отнятія земли у эмфитевтора (privatio)—за совершенную имъ продажу эмфитевзиса безъ объявленія о томъ собственнику, за сокрытіе цѣны продажи съ цѣлью уменьшить слѣдующій собственнику laudemium, за трехлѣтнее неисполненіе лежащей на немъ обязанности платить государственные налоги и вносить собственнику земли слѣдующій ему канонъ (при эмфитевтическомъ владѣніи церковными землями срокъ этотъ сокращается до двухъ лѣтъ) и наконецъ за истощеніе земли (Deterioration).

Вникнувъ хорошенько въ характеръ разсматриваемаго института, приходится сказать, что онъ устарѣлъ для настоящаго времени. Юридическія отношенія, имъ устанавливаемыя, представляются теперь обыкновенною арендою; вещныя же права, связанныя съ нею, утратили свой прежній характеръ; они обусловливаютъ обогащеніе субъекта эмфитевтическаго права, а потому естественно должны остаться безъ примѣненія главнѣйшія постановленія римскаго права, въ основѣ которыхъ лежатъ совершенно иныя экономическія условія эмфитевтическихъ отношеній.

ГЛАВА IV.

СЕРВИТУТЫ.

I. Основныя начала.

§ 178.

Вещь считается свободною, когда она подчинена лишь власти собственника, служебною (dienstbar),—когда она подчинена еще какому-либо другому лицу. Res servit, собственно говоря, служитъ выраженіемъ каждаго jus in re; но оно спеціально присвоено одному виду вещныхъ правъ—именно сервитутамъ [1])—на томъ основаніи, что этотъ видъ былъ прежде единственнымъ принадлежащимъ къ области jus civile. Онъ, подобно двумъ вышеразсмотрѣннымъ видамъ, касается пользованія вещью, но лишь съ тою разницею, что jus civile не допустило такого полнаго и продолжительнаго отдѣленія права пользованія отъ права собственности [2])

---

[1]) Авторъ въ учебникѣ опредѣляетъ сервитуты слѣдующимъ образомъ: Это—права на чужія вещи, состоящія въ пользованіи ими и принадлежащія индивидуально-опредѣленному субъекту: лицамъ—личные сервитуты, servitutes personarum, или вещамъ—земельные сервитуты, servitutes rerum s. praediorum. Эти послѣдніе, по свойству земельныхъ участковъ, дѣлятся на serv. praed. urbanorum и rusticorum.

[2]) Въ обыкновенномъ представленіи сервитутовъ (напр. Бюхеля, civilr. Eroert. 1846 г. т. I, стр. 288), какъ отдѣленныхъ составныхъ частей права собственности, при чемъ это послѣднее остается все таки полнымъ, такъ что собственникъ, отдѣливъ отъ своего права извѣстныя управомоченія, все таки продолжаетъ обладать ими и они, по уничтоженіи сервитута, не становятся res nullius,—въ этомъ представленіи сервитутовъ заключается противорѣчіе, которое Элверсъ (Elvers, roem. Servitutenlehre, 1854 г., стр, 38, 41, 48, 52, 310) старается устранить, замѣняя въ этомъ понятіи сервитутовъ уменьшеніе *права собственности* уменьшеніемъ самой *вещи* т. е. признавъ особую юридическую фикцію, благодаря которой составляющее сервитуту свойство вещи представляется самостоятельною вещью, которая, будучи выдѣлена изъ главной и подчинена субъекту сервитута, обусловливаетъ право его „*на отдѣленное свойство чужой физической вещи, представляемое особою самостоятельною вещью*“ Но, по нашему мнѣнію, изъ неограниченной продолжительности права собственности вовсе не вытекаетъ,

Слѣдующіе три основные принципа вытекаютъ изъ самой природы всѣхъ jura in re.

1) Невозможенъ сервитутъ на собственную свою вещь—nulli res sua servit. По отношенію къ res communis это было бы возможно—при ограниченіи сервитута частями, принадлежащими другимъ, хотя такому обсужденію дѣла нерѣдко можетъ противостоять самое свойство сервитута, невозможнаго по отношенію къ какой-либо quota pars. Это бываетъ при usus и реальныхъ сервитутахъ (впрочемъ модификацію представляетъ тотъ случай, когда сервитутъ уже существовалъ до принадлежности вещи нѣсколькимъ лицамъ; при этихъ условіяхъ сервитутъ можетъ продолжаться, но онъ отнюдь не могъ бы возникнуть, см. ниже § 190). Въ одномъ мѣстѣ римскихъ источниковъ [1]), повидимому предполагается возможность пріобрѣтенія сервитута по отношенію къ res communis; именно оно признаетъ право пробивать окна въ paries communis, установляя, что то лицо, которое не имѣетъ такого права, не можетъ пробить оконъ въ стѣнѣ, составляющей общую собственность нѣсколькихъ лицъ. Нѣкоторые пытались измѣнить (исправить?) самый текстъ цитаты (напр. pariete caeco, или inlumini), но эти исправленія ничѣмъ не оправдываются. По нашему мнѣнію возможно двоякое объясненіе этого мѣста. Или jus luminis immittendi означаетъ не сервитутъ, а особую опредѣленную обоюднымъ соглашеніемъ собственниковъ конструкцію (Gestalt) вещи, или же paries communis означаетъ не стѣну, составляющую общую собственность двухъ лицъ, а промежуточную стѣну (брантмауеръ?), которая можетъ принадлежать обоимъ сосѣдямъ pro indiviso и по отношенію къ которой, конечно, возможенъ сервитутъ. (Послѣднему объясненію слѣдуетъ, какъ намъ кажется, отдать предпочтеніе).

2) Servitus servitutis esse non potest. Это правило основы-

что сервитутъ составляетъ не часть этого права, а часть самой вещи (такъ какъ отдѣленіе дѣйствительной части вещи, хотя бы и фиктивное, было бы ограниченіемъ права собственности), а слѣдуетъ лишь, что онъ составляетъ не *часть* (въ юридическомъ смыслѣ) права собственности, а особое jus heterogenum, которое хотя и является производнымъ отъ собственника, но съ него не перенесено на другое лицо, L. 13. §. 2. D. de acceptil. (46,4), L. 25. pr. §. 1. D. de V. S. (50,16), L. 63. D. de usufr. (7,1). Эта странная фикція имѣетъ своимъ источникомъ мнимую потребность—найти и признать *объектомъ* сервитута особую „безтѣлесную вещь", тогда какъ на дѣлѣ самый сервитутъ есть res incorporalis (т. е. право безъ тѣлеснаго субстрата), объектомъ которой все тѣмъ служитъ вещь тѣлесная. *Прим. ред.*

[1]) L. 40. D. de S. P. U. (8,2): Eos, qui jus luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi nullo jure fenestras immisisse, respondi.

вается, кромѣ общихъ свойствъ всѣхъ jura in re, на особенномъ характерѣ сервитутовъ. именно на ихъ неотчуждаемости.

3) Servitus in faciendo consistere non potest (nequit)—обязанность собственника служебной вещи совершить какое-либо положительное дѣйствіе не можетъ служить содержаніемъ сервитута и поэтому не можетъ быть предметомъ vindicatio servitutis, хотя этимъ обстоятельствомъ вовсе не исключается возможность принятія на себя собственникомъ сервитута обязательства faciendi; такое обязательство будетъ имѣть неопредѣленнаго субъэкта—именно каждаго-собственника вещи, напр. въвотчинныхъ повинностяхъ (Reallasten), но это будетъ уже не сервитутъ. Часто утверждали, что хотя въ германскомъ правѣ существуютъ servitutes in faciendo, но что это не болѣе, какъ особенность римскаго права. Такое мнѣніе возникло лишь вслѣдствіе недостатка опредѣленныхъ понятій у германистовъ: вмѣсто того, чтобы выработать особые принципы для вотчинныхъ повинностей и затѣмъ создать особую теорію ихъ, многіе предпочли, перескочивъ чрезъ главнѣйшіе основные принципы, примѣнить къ этимъ повинностямъ существующія и уже разработанныя правила серитвутовъ. Но такой образъ дѣйствій весьма опасенъ, такъ какъ, при ближайшемъ разсмотрѣніи, понятіе вотчинныхъ повинностей приведетъ насъ назадъ къ подчиненности человѣка, къ рабству и эти повинности представятся намъ, подобно многимъ туземно-германскимъ юридическимъ отношеніямъ, обветшалымъ остаткомъ прежнихъ аномалій, восторгаться которыми было долгое время въ модѣ. Указанное въ началѣ рубрики основное правило является необходимымъ выводомъ а) изъ свойствъ сервитута, какъ особаго jus in re, т. е. какъ ограниченія собственника,—отдѣленнаго составнаго элемента права собственности. Поэтому въ разсматриваемомъ отношеніи есть только два класса сервитутовъ: servitutis in patiendo,—управомоченія къ извѣстнымъ положительнымъ дѣйствіямъ, *положительные* сервитуты, и servitutes in non faciendo,—управомоченія къ запрещенію извѣстныхъ дѣйствій, *отрицательные* сервитуты. См. выше о jura in re вообще. Положительнымъ дѣйствіемъ, составляющимъ содержаніе сервитута, можетъ быть признано предоставленіе лицу самой вещи, напр. въ личныхъ сервитутахъ передача вещи для ея detentio. Поэтому, если бы напр. собственникъ обязался исправить объэктъ сервитута и сохранять его въ удовлетворительномъ состояніи, то это было бы предметомъ обязательства, а не предметомъ такъ наз. actio confessoria. При servitus oneris ferendi большинство римскихъ юристовъ признала собственника обязаннымъ исправлять стѣну или колонны

и дало для понужденія его actio confessoria, см. § 184. Тѣмъ не менѣе вышеуказанное основное правило не только не нарушено, а скорѣе подкрѣплено, такъ какъ исправленіе стѣны, а, въ случаѣ ея негодности, и возведеніе новой стѣны, слѣдуетъ считать выдачею служебной вещи; кромѣ того собственникъ можетъ отказаться отъ этой обязанности посредствомъ derelictio, причемъ онъ не обязанъ поддерживать (stuetzen) самое строеніе.

Особенный характеръ сервитутовъ заключается, какъ мы видѣли выше, въ томъ, что ими опредѣляется пользованіе вещью, притомъ только для удовлетворенія потребностей одного опредѣленнаго субъэкта—лица или земельнаго участка (въ этомъ заключается отличіе сервитутовъ отъ emphyteusis и superficies). Для обозначенія такого ограниченнаго опредѣленнымъ субъэктомъ пользованія существуетъ въ римскомъ правѣ особый терминъ usus, которымъ вообще и обозначается содержаніе сервитутовъ [1]. По объэкту своему usus этотъ можетъ быть болѣе или менѣе полнымъ (полный usus, или отдѣльные виды его), но онъ всегда подлежитъ вышеупомянутому ограниченію, заключающемуся въ назначеніи его на удовлетвореніе потребности одного опредѣленнаго субъэкта.

Изъ такого понятія сервитута вытекаютъ слѣдующіе три характеристическіе принципа этого вида правъ на чужую вещь.

1) Право по сервитуту не можетъ быть переносимо на другого субъэкта, т. е. на другое лицо—въ личныхъ сервитутахъ, на другой земельный участокъ—въ сервитутахъ реальныхъ.

Такая перемѣна въ субъэктѣ сервитута сдѣлала бы его совершенно другимъ правомъ, съ инымъ содержаніемъ; самый usus былъ бы другимъ. Поэтому напр. большая разница: удовлетворяетъ ли своимъ потребностямъ посредствомъ моей вещи—Титъ или Семпроній, или же пользуется правомъ проѣзда по моей землѣ или правомъ выгона—одинъ земельный участокъ или другой. (Смѣна собственниковъ участка не можетъ считаться смѣною субъэктовъ сервитута).

---

[1]) Мы затрудняемся признать вѣрность этого принципа, приведшаго автора во многимъ сомнительнымъ выводамъ (см. ниже), такъ какъ 1) содержаніе servitutes praediorum urbanorum почти не составляетъ usus, вслѣдствіе чего этотъ usus и не имѣетъ вещественнаго охраненія, а самый сервитутъ не превращается путемъ non usus; 2) съ другой стороны во всѣхъ сервитутахъ встрѣчается понятіе fructus, L. 4. §. 2. D. si serv. (8, 5); 3) наконецъ usus этотъ имѣетъ въ разныхъ классахъ сервитутовъ различный объемъ (границы), такъ что невозможно, подобно Пухтѣ, считать за норму minimum этого объема при servitutes prædiorum Мнѣніе Пухты оспориваютъ Schcurl, Elvers и Boecking. *Прим. изд.*

2) Не можетъ быть также переносимо простое осуществленіе права по сервитуту; эта невозможность основывается на самомъ содержаніи сервитута, который вслѣдствіе такого перенесенія потерпѣлъ бы измѣненіе; на основаніи этого разрѣшается (отрицательно) вопросъ о возможности осуществленія сервитута не субъэктомъ его, а другимъ лицомъ. Впрочемъ это общее правило потерпѣло одно измѣненіе по отношенію къ тѣмъ личнымъ сервитутамъ, содержаніе которыхъ вышло за предѣлы одного usus,—заключая въ себѣ право пользованія плодами, право, не имѣющее ничего индивидуальнаго. Отступленіе это обусловило передаваемость осуществленія fructus'a. Но по отношенію къ самому праву на сервитутъ вышеуказанный основной принципъ непередаваемости сохранилъ свою силу. Usufructus также не можетъ быть переносимъ на другое лицо, за исключеніемъ развѣ собственника земли, — причемъ впрочемъ самый сервитутъ уничтожается. Въ римскихъ источникахъ встрѣчается два постановленія [1]), относящіяся къ передаваемости узуфрукта и находящіяся, по мнѣнію нѣкоторыхъ, во взаимномъ противорѣчіи; такъ первое безъ сомнѣнія опредѣляетъ, что цессія узуфрукта другому лицу (а не собственнику) не можетъ считаться уничтоженіемъ сервитута; это—просто недѣйствительная сдѣлка; вторая же цитата, по мнѣнію нѣкоторыхъ, установляетъ совершенно иной принципъ. Но ошибочность этого мнѣнія очевидна при ближайшемъ разсмотрѣніи цитаты, въ которой слова: sed ad dominum должны быть связаны съ словами: difficultas erit—mulieri (предложенія quoniam—transire—вводныя). Такимъ образомъ вторая цитата означаетъ: вслѣдствіе непереносимости узуфрукта на extraneus, т. е. на лицо не имѣющее права собственности, возникаетъ затрудненіе въ томъ отношеніи, что dos не можетъ быть возвращена женѣ, такъ что повидимому не остается никакого другаго исхода, какъ, въ виду невозможности для мужа сохранить узуфруктъ, передать его собственнику [2]).

---

[1]) §. 3. I. de usufr. (2, 4): — item finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur, nam cedendo extraneo nihil agitur — L. 66. D. de jure dot. (23, 3): Si usufructus fundi, cujus proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum jus mulieri, quoniam diximus usumfructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, i. e. qui proprietatem non habebat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. Quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usumfructum mulieri maritus vel vendat nummo uno; ut ipsum quidem jus remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.

[2]) Толкованіе автора не только опровергается самой конструкціей цитаты,

3) Сервитутъ не можетъ быть дѣлимъ, потому что самый usus нераздѣленъ. Поэтому невозможна принадлежность сервитута нѣсколькимъ лицамъ ни pro diviso, ни pro indiviso, а лишь in solidum; невозможно частичное пріобрѣтеніе, ни частичная утрата сервитута (см. ниже). Исключеніе представляютъ тѣ личные сервитуты, въ которыхъ принимается въ разсчетъ осуществленіе fructus и въ которыхъ самый fructus подлежитъ дѣленію.

II. Личные сервитуты.

А. Общій обзоръ.

§ 179.

Въ римскомъ правѣ встрѣчается четыре личныхъ сервитута: usus, ususfructus, habitatio и operae. Обыкновенное ученіе о сервитутахъ исходитъ отъ неправильнаго представленія взаимныхъ отношеній между этими четырьмя видами. Два послѣдніе вида—habitatio и operae—нерѣдко признавались простыми аномаліями; что же касается до первыхъ двухъ, то обыкновенно ususfructus считается нормальнымъ правомъ, а usus—отступленіемъ отъ него. На самомъ же дѣлѣ отношеніе между ними совершенно обратное.

Личный сервитутъ есть пользованіе вещью, предоставленное опредѣленному индивидууму—лицу,—usus; servitus usus есть истинный личный сервитутъ, и самъ по себѣ (an sich)—единственный; usus различается лишь по болѣе или менѣе ограниченному своему объему. Характеристичная черта этого servitus usus заключается въ ограниченіи его потребностями одного лица—субъэкта — и въ *непосредственномъ* пользованіи безъ права обмѣна этого пользованія на какой бы ни то ни было эквивалентъ (это былъ бы уже fructus). Таково истинное понятіе личнаго сервитута, за предѣлами котораго собственно немыслимъ никакой другой такой сервитутъ.

но и не устраняетъ затрудненія въ ея объясненіи, такъ какъ здѣсь необходимо при словѣ reversurum прибавлять мысленно quandoque, что противорѣчитъ самой мысли юриста о немедленной consolidatio,—очевидной изъ заключительныхъ словъ: ut ipsum quidem jus remaneat penes maritum. Поэтому остается только признать дѣйствительное противорѣчіе между обѣими цитатами, объяснивъ мнѣніе Помпонія формальнымъ характеромъ, свойственнымъ самой in jure cessio. (Keller, roem. Civilprocesz, 1852 г., стр. 101, прим. 303). *Прим. изд.*

Нарушеніемъ этого предѣла, распространеніемъ понятія личнаго сервитута—является признаніе таковымъ usus fructus'a. Распространеніе это произошло вслѣдствіе соединенія съ понятіемъ личнаго сервитута такого содержанія, которое по своей природѣ весьма далеко отъ свойства этого сервитута, а именно—допущенія пользованія тѣми выгодами отъ вещи, которыя она доставляетъ въ силу своего естественнаго назначенія т. е. пользованія плодами. По отношенію къ плодамъ утратили свое значеніе ограниченія, заключавшіяся въ удовлетвореніи потребностей опредѣленнаго субъэкта, въ самоличномъ сборѣ послѣднимъ субъэктомъ и въ необходимости сбора ихъ in natura. Такое распространеніе вскорѣ было признано весьма удобнымъ въ интересахъ собственника служебной вещи; благодаря ему, открылась (напр. для завѣщателя) возможность предоставить какому-либо лицу въ пожизненное пользованіе всѣ дѣйствительныя имущественныя выгоды права собственности, со всѣми гарантіями, присвоенными сервитутамъ, не передавая ему самаго права собственности и не отнимая таковаго у своего наслѣдника.

Весьма понятно поэтому, что примѣненіе usus fructus'a сдѣлалось чаще простаго usus'a, какъ наиболѣе соотвѣтствующее потребностямъ гражданскаго оборота. Вслѣдствіе этого usus fructus болѣе разработанъ и выясненъ чѣмъ usus. Отсюда вывели, что узуфруктъ былъ первымъ сервитутомъ, а usus—отступленіемъ, видоизмѣненіемъ его, тогда какъ на дѣлѣ отношеніе между ними совершенно обратное. Такимъ образомъ неправильность мнѣнія, будто usus fructus—нормальный сервитутъ, а usus изъятіе изъ него, вытекаетъ изъ самой внутренней природы сервитута [1]).

Вопросъ о степени примѣнимости означенныхъ четырехъ личныхъ сервитутовъ къ настоящему юридическому быту также вызвалъ нѣсколько ошибочныхъ мнѣній и взглядовъ.

Нѣкоторые изъ германскихъ ученыхъ считали nudus usus вовсе непримѣнимымъ—на томъ лишь основаніи, что въ нѣмецкомъ языкѣ нѣтъ термина, точно соотвѣтствующаго этому понятію. Но это обстоятельство не можетъ, по моему мнѣнію,

---

[1]) По нашему мнѣнію, такое отношеніе между ними должно быть признано истиннымъ, какъ въ виду постановки usus fructus'a въ источникахъ римскаго права предъ usus'ом, такъ и въ виду тѣхъ сомнѣній, которыя возбуждаетъ содержаніе такъ называемаго nudus usus. Мнѣніе, высказанное авторомъ, является выводомъ изъ той неправильной, хотя и общепринятой, теоріи, которую мы уже пытались опровергнуть выше въ прим. 1. стр. 464.

Прим. изд.

служитъ препятствіемъ, такъ какъ существуетъ возможность выразиться описательно, напр. я передаю кому-либо въ *личное* пользованіе свой домъ, безъ права отдачи его внаймы.

Возможность примѣненія usus'а подтверждаетъ примѣръ римскихъ юристовъ, которые не пренебрегали даже греческими словами для его обозначенія, напр. въ L. 10. §. 1. D. de usu (7,8): Séd si χρήσις sit relicta, an usus sit videndum? Et Papinianus lib. VII responsorum ait, usum esse, non etiam fructum relictum.

Затѣмъ спрашивается, примѣняются ли habitatio и operae, какъ особые сервитуты? Подъ именемъ habitatio разумѣется право пользованія жилищемъ (Wohnung) т. е. usus или ususfructus; но habitatio должна считаться особымъ, третьимъ личнымъ сервитутомъ, если лицо, установившее это jus in re, употребило именно эти слова, а не названія первыхъ двухъ сервитутовъ. Habitatio представляетъ слѣдующія особенности: 1) она не утрачивается вслѣдствіе capitis deminutio субъэкта, 2) habitator имѣетъ право отдачи жилища въ наемъ, но лишенъ права безвозмездно передавать пользованіе имъ другому лицу.

Operae servorum et animalium—какъ четвертый сервитутъ, имѣютъ своимъ предметомъ услуги чужихъ рабовъ, (личное) пользованіе чужимъ животнымъ. Онъ представляется близкимъ къ сервитуту usus и потому, по мнѣнію нѣкоторыхъ римскихъ юристовъ, долженъ былъ относиться именно къ этому сервитуту. Operae представляютъ слѣдующія особенности: 1) разрѣшается отдача чужихъ рабовъ и животныхъ внаймы другимъ лицамъ; 2) сервитутъ этотъ не прекращается вслѣдствіе non usus и capitis deminutio; 3) льгота переходитъ къ наслѣднику—въ случаѣ смерти легатарія до начала пользованія предоставленнымъ ему по завѣщанію правомъ. Существовало одно ошибочное мнѣніе относительно разсматриваемаго сервитута; такъ думали, что онъ не всегда уничтожается вслѣдствіе смерти субъэкта. Вышеозначенное третье отступленіе показываетъ лишь, что возможенъ переходъ права на легатъ къ наслѣдникамъ субъэкта сервитута.

Поводомъ въ возникновенію двухъ послѣднихъ видовъ личныхъ сервитутовъ послужило употребленіе завѣщателемъ вмѣсто строго-юридическихъ словъ usus и ususfructus болѣе обыденныхъ выраженій habitatio и operae, и нежеланіе юристовъ примѣнить къ этимъ завѣщательнымъ распоряженіямъ принципы первыхъ двухъ сервитутовъ. Отсюда очевидно слѣдуетъ, что оба сервитута, возникшіе случайно отъ извѣстнаго своеобразнаго способа выраженій, должны само-собой считаться уста-

рѣвшими для дѣйствующаго права и потому непримѣнимыми [1]), кромѣ того было бы чрезвычайно трудно опредѣлить условія примѣненія habitatio и operae, какъ особыхъ сервитутовъ. Тибо впрочемъ пытался дать такое объясненіе понятію habitatio по отношенію къ дѣйствующему праву, при которомъ примѣненіе ея было бы возможнымъ: онъ признаетъ характеристическою чертою этого понятія—намѣреніе оказать благодѣяніе, подаяніе (Almosen). Но это объясненіе, соотвѣтсвующее различію между отдачею внаймы и отдачей въ безмездное пользованіе, не можетъ быть примѣнено ко второму отступленію habitatio отъ сервитута usus и потому оказывается недостаточнымъ.

B. Usus.

§ 180.

Usus есть истинный личный сервитутъ. Содержаніе его точно опредѣляется самымъ понятіемъ сервитута: пользованіе, предоставленное лично одному индивидууму; поэтому нѣтъ необходимости въ установленіи для него особенныхъ внѣшнихъ границъ съ цѣлью гарантіи интересовъ собственника вещи [2]). Сервитутъ этотъ представляетъ:

1) Пользованіе—въ томъ объемѣ, въ какомъ оно необходимо для удовлетворенія потребностей субъэкта сервитута и того семейства, главою котораго онъ является и которое получаетъ отъ него средства къ жизни. Изъ этого пользованія не изъятъ сборъ плодовъ отъ животныхъ и растеній, но право на плоды ограничивается лишь личными потребностями субъэкта.

2) Пользованіе—натурой; право получать вмѣсто самаго пользованія извѣстный эквивалентъ составляетъ характеристическое свойство сервитута fructus, а не usus. Поэтому узуарій не имѣетъ права продавать плоды, отдавать внаймы и вообще осуществлять свой usus посредствомъ какихъ-либо другихъ лицъ. Въ этомъ заключается напр. различіе между usus и ususfructus aedium.

---

[1]) Boecking, Pand II. §. 168, прим. 2, говоритъ, что ни терминъ „Dienstbarkeit einer Wohnung"—австрійскаго права, ни le droit d'habitation—Наполеонова Кодекса не соотвѣтствуютъ римскому — habitatio, напр. въ отношеніи запрещенія отдачи жилища внаймы. Особаго jus operarum не признаетъ ни одно изъ новыхъ законодательствъ. Общая причина ненужности этихъ двухъ сервитутовъ заключается въ исчезновеніи потребности имѣть такіе способы обезпеченія нуждающихся лицъ, которыя были бы независимы отъ status и capitis deminutio. *Прим. изд.*

[2]) Ср. противъ этого стр. 464 прим. 1. *Прим. изд.*

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ римскіе юристы распространяютъ права узуарія; но это бываетъ лишь при установленіи сервитута usus посредствомъ завѣщанія, когда существуетъ основаніе предполагать, что слишкомъ строгое ограниченіе права узуарія не будетъ соотвѣтствовать волѣ завѣщателя. Случаи эти [1]) — слѣдующіе: 1) при usus aedium узуарій вправѣ пользоваться домомъ самъ съ своимъ семействомъ, но можетъ отдавать внаймы тѣ комнатѣ, которыя ему не будутъ нужны [этого права онъ имѣть не будетъ, если usus пріобрѣтенъ имъ не по завѣщанію, а посредствомъ купли-продажи]; 2) при usus silvae, уполномочивающемъ субъекта пользоваться лѣсомъ—насколько это необходимо для его потребностей; узуарій, въ случаѣ такой отдаленности лѣса отъ его мѣстожительства, что пользованіе натурой представляется весьма неудобнымъ, даже невозможнымъ, имѣетъ право пускать этотъ лѣсъ въ продажу; 3) въ случаѣ отказа по завѣщанію пользованія лошадьми такому лицу, промысломъ котораго служитъ отдача лошадей внаймы, за нимъ должно быть признано право осуществлять свой промыселъ и по отношенію къ завѣщаннымъ животнымъ, если завѣщателю онъ былъ извѣстенъ. Но съ другой стороны usus можетъ подлежать извѣстнымъ ограниченіямъ вслѣдствіе изъятія изъ него нѣкоторыхъ отдѣльныхъ видовъ права пользованія, или вслѣдствіе примѣненія его къ одному какому-либо виду этого права. Такимъ образомъ посредствомъ usus можетъ быть предоставлено или пользованіе земли лишь извѣстнымъ, опредѣленнымъ способомъ, для одного какого-либо вида земледѣлія, или же такія права, которыя обыкновенно составляютъ содержаніе реальныхъ сервитутовъ, но въ данномъ случаѣ представляются со свойствами сервитутовъ личныхъ, напр. право выгона, право прохода, право пользоваться водою и пр. [2]). Скажемъ еще нѣсколько словъ объ отношеніяхъ узуарія къ собствен-

---

[1]) Ср. L. 2. §. 1., L. 8. 12. §. 4., L. 22. pr. D. de usu (7, 8).

[2]) L. 14. §. 3. D de alim. leg. (34, 1): Quidam libertis suis, ut alimenta, ita aquam quoque per fideicommissum reliquerat. Consulebar de fideicommisso, cum in ea regione Africæ vel forte Aegypti res agi proponebatur, ubi aqua venalis est. Dicebam igitur, esse emolumentum fideicommissi, sive quis habens cisternas id reliquerit, sive non, ut sit in fideicommisso, quanto quis aquam sibi esset comparaturus. Nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute prædii non possessori vicinae possessionis relicta; nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam adpulsus, est servitus, personae tamen ei (l. ejus), qui vicinus non est, (non) inutiliter relinquitur. In eadem causa erunt gestandi, vel in tuo uvas premendi, vel areæ tuæ ad frumenta ceteraque legumina exprimenda utendi. Hæc enim aqua personae relinquitur. Нѣтъ сомнѣнія, что здѣсь необходимо прибавить отрицательную частицу, такъ какъ она требуется по самому содержанію цитаты.

нику вещи, предоставленной ему въ пользованіе (Proprietar). Этотъ послѣдній лишенъ права пользованія своею вещью въ той мѣрѣ, въ какой это право предоставлено узуарію (по отношенію къ плодамъ права обоихъ одинаковы и потому конкуррируютъ), вслѣдствіе чего онъ не можетъ устанавливать на этой вещи какихъ-либо сервитутовъ. Исключеніе представляетъ, конечно, установленіе такого сервитута, который не касается существующаго usus, относясь напр. только до fructus, такъ какъ этотъ послѣдній не предоставленъ узуарію; точно также можетъ собственникъ установить servitus altius non tollendi, такъ какъ узуарій не имѣетъ права ни надстраивать, ни перестраивать домъ, находящійся въ его пользованіи. Подтвержденіемъ этого положенія служитъ L. 15. §. 7. D. de usufr. (7,1) [1]), гдѣ все, что сказано объ ususfructus, вполнѣ примѣняется и къ servitutus usus; но какъ объяснить въ этой цитатѣ слова: ne quidem consentiente usufructuario? Собственникъ вещи не можетъ установить на ней новаго сервитута, узуарій же не можетъ сдѣлать этого потому, что право его неотчуждаемо ни вполнѣ, ни по частямъ. Оба они вмѣстѣ также не могутъ сдѣлать того, что они не вправѣ совершить каждый въ отдѣльности,—до тѣхъ поръ, пока существуютъ препятствующія имъ юридическія отношенія. Можно было бы думать, что исходомъ изъ этого затрудненія является цессія права пользованія, изъ котораго имѣетъ образоваться сервитутъ, собственнику служебной вещи; но это невозможно, потому что usus недѣлимъ. Такимъ образомъ установленіе сервитута при наличности usus'а возможно только посредствомъ цессіи всего этого usus собственнику вещи и послѣдующаго затѣмъ новаго установленія сервитута.

Usus [2]) уполномочиваетъ субъэкта къ detentio вещи, но отнюдь не къ такому воздѣйствію на нее, которое бы измѣняло ея сущность, или нарушало интересы собственника. Кромѣ того собственникъ вправѣ требовать, чтобы узуарій при пользованіи вещью дѣйствовалъ какъ diligens paterfamilias и отнюдь не предпринималъ такихъ дѣйствій, которыя бы хоть сколько

---

[1]) L. 15. §. 7. D. de usufr. (7, 1): Sed nec servitutem imponere fundo potest proprietarius, nec amittere servitutem. Adquirere plane servitutem eum posse, etiam invito fructuario, Iulianus scripsit. Quibus consequenter fructuarius quidem adquirere fundo servitutem non potest, retinere autem potest, et si forte fuerint non utente fructuario amissæ, hoc quoque nomine tenebitur. Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest.

[2]) Изъ Пандектъ.

нибудь могли повредить вещи. Наконецъ узуарій обязанъ ко времени прекращенія своего права возвратить вещь неиспорченною и вознаградить собственника за тѣ поврежденія, которыя произошли по его винѣ. Въ силу этой обязанности, собственникъ вправѣ требовать обезпеченія посредствомъ поручителей—такъ-называемую cautio usuraria, о которой мы подробнѣе будемъ говорить въ слѣдующемъ параграфѣ.

C. Ususfructus.

§ 181.

Къ понятію usus [1]), при пользованіи вещью, присоединяется иногда понятіе fructus. Этотъ сервитутъ даетъ узуфруктуарію исключительное право на всѣ произведенія и выгоды, доставляемыя вещью и подходящія подъ понятіе плода (§ 37), безъ ограниченія одними личными потребностями субъэкта и съ правомъ обмѣна на извѣстный эквивалентъ, передачи осуществленія другимъ лицамъ и съ правомъ залога. Таково понятіе ususfructus. Хотя слово fructus обозначаетъ то же самое, но особаго сервитута, носящаго это имя, нѣтъ. Возможно ли fructus sine usu? Установленіе такого jus in re посредствомъ retentio usus'a невозможно, потому что иначе утратилось бы въ немъ характеристическое свойство сервитута и осталась бы одна аномалія [2]). Если въ завѣщаніи будетъ сказано, что fructus предоставляется лицу *A*, а usus лицу B, то это слѣдуетъ разумѣть въ томъ смыслѣ, что A получаетъ ususfructus, а—usus принадлежитъ ему одновременно съ B. Существованіе fructus sine usu возможно однако

1) Когда usus принадлежалъ уже прежде другому лицу; тогда фруктуарію принадлежитъ одинъ fructus до тѣхъ поръ, пока наконецъ къ нему не привзойдетъ и usus.

2) Когда узуфруктуарій цедируетъ usus собственнику. Вслѣдствіе этого fructus не теряетъ тотъ характеръ сервитута, который онъ имѣлъ прежде [3]).

---

[1]) Изъ Пандектъ.

[2]) Ср. стр. 464 прим. 1. Истинная причина заключается въ томъ, что пріобрѣтеніе плодовъ является невозможнымъ помимо usus'a, L. 14. §. 1—3. de usu (7, 8); по этой же причинѣ фруктуарію въ видѣ акцессіи предоставляется право прохода и другія adminicula, L. 2. §. 2. 3. D. si serv. (8, 5). Недостатокъ какого либо существеннаго элемента сервитутовъ въ легатѣ могъ бы имѣть своимъ послѣдствіемъ не акцессію usus'a, а лишь уничтоженіе самаго завѣщательнаго отказа. *Прим. изд.*

[3]) Авторъ (Cursus der Inst. II. §. 255) старается пособить дѣлу, допустивъ

Право узуфруктуарія [1]) распространяется на тѣ плоды, которые еще не были пріобрѣтены собственникомъ вещи (т. е. не были еще отдѣлены) ко времени возникновенія узуфрукта; напротивъ — плоды, оставшіеся несобранными (непріобрѣтенными) узуфруктуаріемъ ко времени окончанія узуфрукта, принадлежатъ собственнику вещи [2]). Такимъ образомъ все зависитъ отъ того, совершилось ли или не совершилось пріобрѣтеніе плодовъ ко времени возникновенія или прекращенія узуфрукта. Но по отношенію къ юридическимъ плодамъ примѣняется другой принципъ: они распредѣляются по количеству дней, въ теченіи которыхъ лицу принадлежало право пользованія; со дня установленія и по день прекращенія узуфрукта они принадлежатъ узуфруктуарію, выгоды же, полученныя въ предшествующіе и позднѣйшіе дни—собственнику; но существуютъ такого рода юридическіе плоды, которые составляютъ собою эквивалентъ пріобрѣтенія плодовъ естественныхъ; къ нимъ примѣняются основные принципы принадлежности этихъ послѣднихъ, напр. арендная плата (Pachtzins). Если узуфруктъ оканчивается послѣ жатвы, то вся арендная плата достается узуфруктуарію или его наслѣдникамъ, если же до жатвы, то—собственнику земли (см. прим. 2).

Узуфруктуарій несетъ всѣ обязанности, связанныя съ вещью, такъ онъ платитъ подати обыкновенныя и экстраординарныя, обязанъ хранить вещь въ исправномъ видѣ, но можетъ освободиться отъ исполненія этой обязанности вслѣдствіе derelictio пользованія (кромѣ, впрочемъ, случая отвѣтственности за причиненный уже имъ вредъ).

Обширность правъ узуфруктуарія обусловливаетъ необходимость обезпечить право собственности того лица, къ которому

въ L. 13. §. 3. D. de acceptil. (46,4): Si quis usumfructum stipulatus, usum accepto tulerit, si quidem sic tulerit acceptum, quasi usu debito: liberatio non contingent. Si vero quasi ex usufructu, cum possit usus sine fructu constitui, dicendum est acceptilationem valere—перестановку словъ: cum possit usus sine fructu constitui передъ словами: usu debito; но такая перестановка не достигаетъ своей цѣли и противорѣчитъ положительному закону.

Прим. изд.

[1]) Изъ Пандектъ.

[2]) Ср. L. 58. pr. D. de usufr. (1, 1): Defuncta fructuaria mense Decembri, jam omnibus fructibus, qui in his agris nascuntur, mense Octobri per colonos sublatis, quæsitum est, utrum pensio heredi fructuariae solvi deberet, quamvis fructuaria ante calendas martias, quibus pensiones inferri debeant, decesserit, an dividi debeat inter heredem fructuariae et rempublicam, cui proprietas legata est? Respondi rempublicam quidem cum colono nullam actionem habere, fructuariae vero heredem sua die, secundum ea, quae proponerentur, integram pensionem percepturum.

имѣетъ впослѣдствіи возвратиться отдѣленный отъ него ususfructus и предотвратить незаконное, несправедливое осуществленіе этого послѣдняго. Необходимость эта тѣмъ больше, что fructus не имѣетъ, подобно usus'у, строго опредѣленнаго содержанія. Узуфруктуарій имѣетъ право полнаго пользованія плодами, но онъ не долженъ conditionem proprietatis deteriorem facere. Отсюда слѣдуетъ:

1) Что вслѣдствіе осуществленія права пользованія вещью, бытію ея не должно угрожать никакой опасности [1]).

2) Что самый способъ пользованія вещью не долженъ нарушать интересовъ собственника ея, т. е. не долженъ быть такимъ, чтобы вещь теряла свои отличительныя свойства, напр. praedium urbanum не должно быть обращаемо въ rusticum и наоборотъ. Вообще узуфруктуарій не можетъ предпринимать никакихъ существенныхъ измѣненій въ вещи, напр. не можетъ даже перестроить дома, хотя бы онъ въ данную минуту былъ вовсе необитаемъ. Другое дѣло, когда извѣстный земельный участокъ назначенъ для извлеченія возможно большей выгоды, такъ что самый способъ извлеченія вполнѣ безразличенъ для собственника. Такимъ образомъ подъ извѣстнымъ условіемъ разрѣшаются значительныя перемѣны, напр. употребленіе извѣстнаго земельнаго участка для горнозаводской промышленности вмѣсто земледѣлія, лишь бы при этомъ не были нарушены интересы собственника [2]).

3) Что способъ пользованія вещью, только бы онъ не измѣнялъ самой вещи, вполнѣ независимъ отъ произвола собственника. Напротивъ, объемъ пользованія вещью по отношенію къ плодамъ долженъ опредѣляться сообразно съ объемомъ правъ собственника. Граница эта необходима потому, что чрезмѣрное пользованіе вещью есть злоупотребленіе, обусловливающее уменьшеніе ея субстанціи.

---

[1]) L. 1. D. eod.: Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.

[2]) L. 13. §. 5. D. de usufr. (7, 1): Inde est quæsitum, an lapidicinas, vel cretifodinas, vel arenifodinas ipse instituere possit? Et ego puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessarjam huic rei occupaturus est. Proinde venas quoque lapidicinarum et hujusmodi metallorum inquirere poterit, ergo et auri, et argenti, et sulphuris, et aeris, et ferri, et ceterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit. Et si forte in hoc, quod instituit, plus reditus sit quam in vineis vel arbustis vel olivetis quae fuerunt, forsitan etiam haec dejicere poterit, si quidem ei permittitur meliorare proprietatem. Слова si quidem ei permittitur не означаютъ: „подъ условіемъ, чтобы ему было позволено", но „что это ему позволено".

Узуфруктуарій, въ виду лежащихъ на немъ обязанностей, долженъ представить cautio usufructuaria. Отъ этой cautio [1]) освобождаются: a) fiscus и respublicae; b) мужъ—по отношенію къ узуфрукту, предоставленному въ приданое за женой; c) отецъ по отношенію къ пользованію адвентиціями сына; d) супругъ, вступающій во вторичный бракъ и потому теряющій право собственности на извѣстныя имущества, — впрочемъ только по отношенію къ пользованію недвижимостями; e) узуфруктуарій, имѣющій ex die пріобрѣсти право собственности, и f) дарритель, который сохранилъ за собой пользованіе подаренною вещью.

Означенная cautio узуфруктуарія состоитъ изъ двухъ частей: первая обезпечиваетъ исполненіе обязанностей durante usufructu, а именно: надлежащее пользованіе, заботу объ охраненіи вещи какъ посредствомъ собственной дѣятельности, напр. насажденіе деревъ, пополненіе стадъ и проч., такъ и противъ постороннихъ поврежденій. На основаніи этой части cautio собственникъ можетъ предъявить искъ еще во время пользованія. Вторая часть обезпечиваетъ исполненіе обязанностей finito usufructu, т. е. возвращеніе вещи въ томъ видѣ, въ какомъ она должна быть послѣ правильнаго пользованія ею и вознагражденіе за тѣ поврежденія, которыя произошли вслѣдствіе небрежнаго исполненія узуфруктуаріемъ лежавшихъ на немъ обязанностей. Сюда же можетъ быть отнесена уплата стоимости вещи въ томъ случаѣ, когда узуфруктуарій допустилъ давностное пріобрѣтеніе ея какимъ-либо лицомъ.

D. Quasiususfructus.

§ 182.

Usus и ususfructus мыслимы только по отношенію къ вещамъ, такъ какъ это—вещныя права, и притомъ такія, пользованіе которыми не уничтожаетъ ихъ бытія. Когда эти jura in re aliena установляются надъ вещами потребляемыми, то такое установленіе собственно ничтожно. Въ случаѣ установленія пользованія всѣми составными частями извѣстнаго имущества, вещи потребляемыя подлежатъ исключенію. Правило это измѣнено посредствомъ senatusconsultum'a, допустившаго аналогическое примѣненіе принциповъ узуфрукта къ пользованію всѣми вещами, входящими въ составъ имущества; такимъ образомъ возникъ ususfructus omnium bonorum. Означенное аналоги-

---

[1]) Изъ Пандектъ.

ческое примѣненіе стали обозначать терминомъ quasiususfructus, причемъ различіе между usus и ususfructus не имѣло никакого значенія. Юридическое отношеніе это, по вопросамъ о возникновеніи, прекращеніи и cautio, обсуждалось какъ настоящій узуфруктъ; но къ нему не примѣнялись тѣ принципы, которыми опредѣляются отношенія сторонъ durante usufructu, такъ какъ здѣсь не могло быть и рѣчи о существованіи права собственности одновременно съ узуфруктомъ.

1) Quasiusufructus потребляемыхъ вещей. Вещи эти переходятъ въ собственность quasi-узуфруктуарія; вмѣсто обыкновенныхъ отношеній собственника къ узуфруктуарію здѣсь является обязанность (obligatio) возвратить tantundem т. е. или полученное количество тѣхъ же вещей, или ихъ aestimatio. Quasi-узуфруктуарій долженъ обѣщать исполнить это обязательство, но самая obligatio существуетъ и помимо такого обѣщанія.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ можетъ возникнуть сомнѣніе въ томъ, установленъ-ли verus или quasi-usufructus? Весь интересъ вопроса заключается въ томъ, что случайное уничтоженіе вещи и ущербъ отъ чрезмѣрнаго пользованія ею поражаетъ при истинномъ узуфруктѣ собственника вещи, при аналогическомъ же отношеніи — quasi-узуфруктуарія. Издавна спорнымъ вопросомъ представляется пользованіе платьями, напр. когда директоръ театра предоставляетъ, по завѣщанію, женѣ своей узуфруктъ на театральный гардеробъ. Не совсѣмъ правильно признавать, или обсолютно не признавать здѣсь истинный узуфруктъ или quasi-ususfructus; неправильно поэтому считать нѣсколько варіирующія опредѣленія положительнаго права противорѣчащими другъ другу. Все дѣло, по моему мнѣнію, будетъ зависѣть отъ воли сторонъ; въ случаѣ невозможности выяснить себѣ эту волю изъ какихъ бы то ни было обстоятельствъ, приходится разрѣшать вопросъ по видамъ и свойствамъ означенныхъ vestimenta (причемъ нѣтъ необходимости различать, подобно глоссаторамъ, будничную и праздничную одежду).

2) Узуфруктное пользованіе правами. Сюда относится главнымъ образомъ пользованіе капиталами—ususfructus nominum. Многіе юристы утверждали, что такое пользованіе есть verus ususfructus, quasi-узуфруктомъ признавали они его только тогда, когда оно прямо установлялось какъ аналогическое отношеніе [1]). Другіе же смѣшивали его съ ususfructus pecuniae. Признаніе пользованія капиталами quasi-узуфруктомъ имѣетъ совершенно иныя

---

1) Такъ напр. Muehlenbruch, Cession der Forderungsrechte, (3 изд. 1836 г.), стр. 497, прим. 15.

основанія. Императоръ Нерва вовсе не хотѣлъ допустить usus-fructus nominum (за исключеніемъ случая совпаденія его съ usus fructus pecuniae); онъ думалъ, что вышеупомянутое senatusconsultum относится только къ вещамъ; Нерва, безъ сомнѣнія, не признавалъ здѣсь и настоящаго узуфрукта; онъ отрицаетъ вообще дѣйствительнсть сдѣлки, устанавливающей такое пользованіе капиталами.

Разрѣшенію подлежатъ здѣсь слѣдующіе два вопроса: 1) usus-fructus nominum есть-ли quasiusus fructus и 2) примѣняются-ли къ нему основные принципы, опредѣляющіе послѣдствія periculum? Въ утвердительномъ разрѣшеніи перваго вопроса не можетъ быть сомнѣнія, такъ какъ сервитуты возможны только по отношенію къ правамъ, а не къ вещамъ. Узуфруктуарій, посредствомъ cessio или delegatio, получаетъ извѣстныя обязательства съ необходимымъ условіемъ finito usufructu возвратить tantundem. Въ этомъ положеніи заключается въ дѣйствительности утвердительный отвѣтъ и на второй вопросъ: periculum всегда переходитъ на узуфруктуарія. Мы нигдѣ не встрѣчаемъ постановленія объ исключительности разсматриваемаго случая; а потому мы и должны разрѣшать вопросъ по основнымъ принципамъ quasi-узуфрукта.—Съ разсмотрѣннымъ случаемъ отнюдь не слѣдуетъ смѣшивать того, когда лицо управомоченное не имѣетъ никакого вліянія на самое обязательство, а уполномочено только къ пользованію процентами. Здѣсь не можетъ быть даже и рѣчи о какомъ бы-то-ни было отношеніи, аналогичномъ съ узуфруктомъ, что подтверждается нѣкоторыми постановленіями положительнаго права [1]).

III. Вещные сервитуты.

А. Основныя правила.

§ 183.

Вещными сервитутами называются такіе, которые устанавливаются на земельныхъ участкахъ ради земельныхъ участковъ; содержаніе вещнаго сервитута заключается въ той выгодѣ, которую доставляетъ одинъ земельный участокъ (praedium serviens, praedium quod servitutem debet) другому (praedium dominans, cui debetur servitus).

---

[1]) Ср. L. 24. pr. D. de usu et usufr. (33, 2), L. 1. C. de usufr. (3,33).

1) Praedium dominans должно получить дѣйствительную выгоду, благодаря сервитуту, который не долженъ ограничиваться удовлетвореніемъ личной потребности собственника, такъ что лицо, являющееся въ данную минуту собственникомъ этого praedium'а, можетъ не имѣть никакихъ выгодъ отъ сервитута [1]).

Что слѣдуетъ разумѣть подъ выгодой, доставляемой земельному участку? Содержаніемъ сервитута должна быть выгода, предоставленная вещи и чрезъ нее уже достающаяся личности собственника (въ этомъ заключается отличіе вещныхъ сервитутовъ отъ личныхъ); вещь эта притомъ должна быть недвижимою. Такъ напр. не будетъ вещнаго сервитута въ томъ случаѣ, когда лицо пріобрѣтаетъ право пасти свою верховую лошадь на чужой землѣ.

Принадлежность извѣстной выгоды земельному участку можетъ быть признана только въ томъ случаѣ, когда она относится или къ цѣлому земельному участку, напр. въ дорожныхъ сервитутахъ, или къ находящемуся съ нимъ въ связи предмету, который составляетъ или можетъ считаться составляющимъ часть земельнаго участка, напр. домъ, растущіе на землѣ плоды (напр. servitus aquae), рабочій скотъ (напр. servitus pascendi).

Поэтому не будетъ вещнымъ сервитутомъ предоставленіе собственнику фабрики или другаго какого-либо промышленнаго заведенія, устроеннаго на извѣстномъ земельномъ участкѣ, такого права, которое необходимо для его производства (напр. права добывать глину, брать воду и проч.), такъ какъ самый промыселъ не можетъ считаться частью земельнаго участка. Такимъ образомъ здѣсь будетъ либо личный сервитутъ, либо простая obligatio.

Въ этой тѣсной связи вещнаго сервитута съ извѣстнымъ земельнымъ участкомъ заключается масштабъ его осуществленія. Вещный сервитутъ можетъ быть осуществляемъ только ради потребностей даннаго praedium dominans и отнюдь не больше этихъ потребностей [2]).

---

[1]) L. 8. pr. D. de serv. (8, 1): Ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari, et ut cœnare in alieno possimus, servitus imponi non potest.—L. 19. eod.: Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi etsi non utilis sit, posse existimo, veluti si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit. Quædam enim habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt. Второе изъ этихъ положеній считали противорѣчащимъ общему понятію сервитута, какъ о доставляемой выгодѣ; противорѣчіе это объясняется само собой, на основаніи вышеуказаннаго соображенія о возможности отсутствія такой выгоды для котораго-либо изъ собственниковъ господствующаго участка (prædium dominans).

[2]) L. 5. §. 1. D. de S. P. R. (8, 3).

Поэтому свойства и назначеніе земельнаго участка имѣютъ громадное вліяніе на содержаніе вещныхъ сервитутовъ. Эти соображенія приводятъ насъ къ правильному дѣленію сервитутовъ на servitutes praediorum rusticorum и urbanorum [1].

По общепринятому мнѣнію, дѣленіе это основывается на свойствахъ praedium dominans, на томъ, будетъ-ли оно строеніемъ или сельскимъ земельнымъ участкомъ; мнѣніе это несовсѣмъ невѣрно. Мнѣніе же другихъ о томъ, что основаніемъ дѣленія служитъ свойство praedium serviens, вполнѣ невѣрно; оно вытекло изъ совершенно ошибочнаго пониманія сервитута и не имѣетъ за себя ни одного постановленія положительнаго права. Недостаточность указаннаго перваго мнѣнія состоитъ въ томъ, что оно ограничивается однимъ внѣшнимъ признакомъ и вовсе не имѣетъ въ виду вліянія господствующаго земельнаго участка на содержаніе сервитута. Послѣдствіемъ этого было то, безъ сомнѣнія, нелѣпое положеніе, что сельскіе сервитуты могутъ быть сервитутами городскими.

Нѣкоторые юристы [2]) правильно основывали это дѣленіе на содержаніи сервитутовъ, но при этомъ упускали изъ виду внѣшніе признаки различія, вслѣдствіе чего самое названіе ихъ кажется произвольнымъ и нелѣпымъ; такъ, по мнѣнію ихъ, существуетъ два рода вещныхъ сервитутовъ: 1) сервитуты, уполномочивающіе къ положительнымъ дѣйствіямъ, servitutes praediorum rusticorum, и 2) сервитуты, которые уполномочиваютъ на извѣстное сооруженіе или на запрещеніе чего-либо (отрицательные сер.), servitutes praediorum urbanorum. Если бы дѣйствительно сервитуты различались по указываемому основанію, то пришлось бы удивляться, почему римляне употребили такую странную и нелѣпую терминологію, и заключить, что они указанными терминами выразили вовсе не то, что хотѣли. Или пришлось бы сдѣлать еще шагъ впередъ и объяснить означенное дѣленіе различнымъ характеромъ самихъ praedia urbana и rustica. Но дать такое объясненіе едва-ли возможно, какія натяжки допускаемы бы ни были.

Правильнымъ представляется искать основанія этого различія какъ въ свойствахъ земельнаго участка, такъ одновременно и въ содержаніи зависящаго отъ него сервитута. Этимъ путемъ пробовалъ идти одинъ изъ нѣмецкихъ ученыхъ [3]), но не достигъ истиннаго результата. По его мнѣнію servitutes praedio-

---

[1]) L. 1. pr. §. 1. D. comm. praed. (8, 4), § 1. I. de serv. (2, 3), L. 2. pr. D. de S. P. R. (8, 3).

[2]) Stever, de serv. praed. (1817), Vangerow, Leitfaden, т. I, § 339.

[3]) v. d. Pfordten, Archiv fuer civ. Praxis, т. XXII № 2, 1839 г.

rum rusticorum будутъ тѣ сервитуты, которые существуютъ между двумя сельскими земельными участками. Servitutes praediorum urbanorum—тѣ, которые существуютъ между двумя строеніями, или между простымъ земельнымъ участкомъ и строеніемъ. Впрочемъ здѣсь вмѣсто объясненія вышеупомянутаго подраздѣленія сервитутовъ поставлено другое дѣленіе ихъ, встрѣчающееся еще и у римскихъ юристовъ [1]).

По нашему мнѣнію правильнымъ представляется считать сервитутами praediorum urbanorum—тѣ, которые принадлежатъ строенію, а сервитутами praediorum rusticorum—тѣ, которые принадлежатъ извѣстному земельному участку. Но, какъ мы видѣли выше, различіе въ praedium dominans имѣетъ рѣшительное вліяніе на содержаніе самаго сервитута. Потребности земельныхъ участковъ обоихъ видовъ совершенно различны; хотя въ содержаніи обоихъ сервитутовъ возможны нѣкоторыя одинаковыя управомоченія, напр. относительно права прохода, но эти одинаковыя управомоченія въ обоихъ случаяхъ имѣютъ различный характеръ [2]). Практическимъ послѣдствіемъ этого будетъ невозможность примѣнять основные принципы управомоченій одного вида сервитутовъ къ управомоченіямъ другаго вида.

Главнѣйшій интересъ этого дѣленія сервитутовъ заключается именно въ указанномъ вліяніи на ихъ содержаніе; но есть нѣкоторыя другія, лишь посредственно связанныя съ этимъ дѣленіемъ, различія юридическаго обсужденія ихъ, вслѣдствіе которыхъ бываетъ весьма важно опредѣлить, идетъ ли въ данномъ случаѣ рѣчь о servitus praedii urbani или rustici [3]). Такъ напр. въ древнѣйшемъ правѣ serv. praediorum rusti-

---

1) L. 3. D. de serv. (8, 1): Servitutes prædiorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt. Слово consistunt можетъ относиться къ обоимъ земельнымъ участкамъ. Ср. также L. 20. pr. D. de serv. praed. urb. (8, 2).

2) L. 2. pr. D. de serv. praed. rust. (8, 3): Rusticorum prædiorum servitutes sunt: licere altius tollere et officere praetorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum vel prætorium, vel protectum habere licere. Здѣсь въ числѣ сельскихъ сервитутовъ упоминаются такіе, которые обыкновенно встрѣчаются со свойствами городскихъ сервитутовъ и отчасти даже мыслимы только съ характеромъ этихъ послѣднихъ, напр. servitus altius tollendi etc; всего естественнѣе объясняется эта цитата слѣдующимъ образомъ: права licere altius tollere et officere praetorio vicini, protectum habere licere etc—называются сервитутами praediorum rusticorum потому, что могутъ быть пріобрѣтены для земельнаго участка, на которомъ еще имѣетъ быть возведено строеніе.

3) Въ римскомъ правѣ есть нѣсколько законоположеній, опредѣляющихъ какіе именно сервитуты должны быть отнесены къ serv. praed. rusticorum; такъ напр. L. 1. §. 2. D. de serv. pr. rust. (8, 3), §. 2. I. de serv. (2, 3).

corum были res mancipi; въ новѣйшемъ же правѣ это различіе важно при вопросѣ о прекращеніи сервитута вслѣдствіе non usus. Цахаріэ вполнѣ ошибочно [1]) утверждаетъ, что такія различія существуютъ лишь между отдѣльными видами сервитутовъ того и другаго рода.

2) Praedium serviens должно доставлять извѣстную выгоду въ силу присущихъ ему свойствъ, или посредствомъ самой почвы (напр. дороги), или посредствомъ какой-либо res soli (напр. воды, минералловъ, строеній). Это условіе называютъ технически perpetua causa servitutis. Такимъ образомъ не подходятъ подъ это условіе тѣ случаи, a) когда полезные предметы доставляются на земельный участокъ трудомъ самого собственника, напр. когда проводится чужая вода; b) когда они какимъ либо инымъ способомъ извнѣ доставляются къ земельному участку, особенно же когда это бываетъ временно, напр. песокъ наносится водой. Сюда также относятся случаи проведенія воды на praedium serviens посредствомъ искуственныхъ сооруженій, напр. водоподъемныхъ и т. п., наконецъ полученіе воды изъ цистернъ. Другое дѣло, когда водопроводъ для praedium dominans устроенъ лишь по praedium serviens; здѣсь это послѣднее доставляетъ только почву, представляющую собой causa perpetua. Римское право пошло впрочемъ дальше указаннаго взгляда; оно, примѣняясь къ потребностямъ, признало въ случаѣ такого проведенія воды существованіе сервитута [2]).

3) Извѣстное отношеніе земельныхъ участковъ въ пространствѣ, обусловливающее возможность доставленія и полученія упомянутой выгоды. Необходимость соприкосновенія участковъ зависитъ отъ содержанія самаго сервитута. Vicinitas, сосѣдство участковъ не всегда абсолютно необходимо. Связь между ними можетъ, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, обусловливаться тѣмъ, что промежуточный земельный участокъ подчиненъ такому же праву, какъ и praedium serviens, напр. дорожному сервитуту, или же не можетъ служить препятствіемъ къ осуществленію права по сервитуту, напр. когда между двумя участками пролегаетъ дорога.

---

[1]) Ueber die Unterscheidung zwischen serv. rusticæ und urbanæ, Heidelberg, 1844 г. Взглядъ этотъ раздѣляетъ Elvers, Rœm. Servitutenlehre, признающій за разсматриваемымъ дѣленіемъ сервитутовъ лишь историческое значеніе.

[2]) Такимъ образомъ проведеніе воды чрезъ служебный земельный участокъ всегда возможно; проведеніе же изъ него — только тогда, когда въ числѣ естественныхъ составныхъ долей участка имѣется вода; при искусственномъ доставленіи воды—сервитута уже не будетъ.

B. Servitutes praediorum urbanorum.

§ 184 [1].

Сервитуты, принадлежащіе строеніямъ, представляются частью положительными, частью отрицательными. Первые связаны всегда съ какими-либо приспособленіями господствующей недвижимости, въ которыхъ они фактически и выражаются и которыя или непосредственно простираются на praedium dominans, или же вліяютъ лишь по отношенію къ его послѣдствіямъ (Wirkungen).

Нѣкоторые сервитуты имѣютъ цѣлью доставить господствующему строенію точку опоры на чужомъ строеніи — посредствомъ укрѣпленія балки или камня въ чужой стѣнѣ (serv. tigni immittendi), или посредствомъ простаго наложенія на нее (serv. oneris ferendi). Къ содержанію этого сервитута относится признанное всѣми право субъэкта его требовать, чтобы собственникъ подчиненнаго строенія производилъ всѣ необходимыя исправленія упомянутой стѣны; право это не представляется исключеніемъ изъ правила: servitus in faciendo consistere non potest (§. 178), такъ какъ собственникъ подчиненнаго строенія обязанъ предоставить субъэкту сервитута пользованіе прочной стѣной, если же она сдѣлалась непрочною,—то исправленною. Содержаніе нѣкоторыхъ сервитутовъ заключается въ предоставленіи главному строенію преимущественнаго пользованія всѣмъ окружающимъ его воздушнымъ пространствомъ; общее названіе этого сервитута—serv. projiciendi, при ограниченіи же его одной крышей—serv. protegendi.

Другіе сервитуты предоставляютъ субъэктамъ ихъ право направлять извѣстные предметы на самое подчиненное строеніе, или черезъ него—въ другое мѣсто, напр. дождевую воду, какъ при паденіи ея каплями (serv. stillicidii avertendi s. immittendi), такъ и собранную въ цѣлый потокъ (serv. fluminis recipiendi); за тѣмъ дымъ или паръ (serv. fumi etc. immittendi); наконецъ нечистоты (serv. cloacae mittendae); впрочемъ эти послѣднія могутъ быть въ силу сервитута собираемы непосредственно у стѣны обязаннаго сосѣда.

Нѣкоторые другіе сервитуты обезпечиваютъ господствующему строенію такія преимущества, которыхъ оно могло бы лишиться вслѣдствіе какихъ-либо измѣненій, предпринятыхъ на praedium serviens; преимущества эти главнымъ образомъ зак-

---

[1]) Изъ Пандектъ.

лючаются въ свѣтѣ и видѣ (Aussicht). Доставленіе такихъ преимуществъ служитъ цѣлью сервитута altius non tollendi; здѣсь впрочемъ выражается не самая цѣль сервитута, а просто то препятствующее обстоятельство (возвышеніе постройки), которое не должно имѣть мѣста, благодаря сервитуту. Непосредственно означенную цѣль имѣютъ въ виду сервитуты ne luminibus и ne prospectui officiatur, исключающіе возможность всѣхъ тѣхъ измѣненій подчиненнаго строенія, послѣдствіемъ которыхъ является уменьшеніе свѣта и вида. Съ характеромъ сервитута встрѣчается въ римскихъ законахъ такое право получать свѣтъ посредствомъ пробитія оконъ въ чужой стѣнѣ.

Наконецъ въ римскихъ источникахъ упоминаются такіе сервитуты, которые состоятъ въ освобожденіи субъэкта ихъ отъ извѣстныхъ ограниченій, напр. serv. stillicidii s. fluminis non recipiendi, serv. altius tollendi, serv. officiendi luminibus [1]); значеніе этихъ сервитутовъ возбуждало долгіе споры между германскими юристами. Сервитуты эти могутъ быть понимаемы двояко: или какъ противоположные уже существующимъ сервитутамъ still. recip., altius non toll., lum. non officiendi (Theophil. ad §. 1. I, de servit.), или помимо такого противоположенія. Въ первомъ случаѣ ихъ не должно считать отмѣняющими сервитуты, уже существующіе, такъ какъ прекращеніе сервитутовъ опредѣляется особыми принципами.

C. Servitutes praediorum rusticorum.

§ 185 [2]).

Здѣсь идетъ рѣчь о сервитутахъ для земельныхъ участковъ, или вовсе не имѣющихъ строеній, или на которыхъ строенія являются лишь акцессіей. Сельскій сервитутъ не только облегчаетъ пользованіе земельнымъ участкомъ, но даже иногда обусловливаетъ самую возможность пользованія (напр. при дорожныхъ сервитутахъ); впрочемъ это пользованіе должно опредѣляться существенными свойствами вещныхъ сервитутовъ (§ 183) и быть вполнѣ независимымъ отъ личности собственника, а лишь основаннымъ на естественныхъ свойствахъ и производительности участка. Выгода, доставляемая господствующему участку подчиненнымъ, составляющая содержаніе сервитута,

---

[1]) L. 2. D. de S. P. U. (8,2), L 2. pr. D. de S. P. R. (8,3), L. 7. §. 1. D. comm. praed. (8,4), L. 26. pr. D. de exc. rei jud. (44,2), §. 1. I. de servit. (2,3), §. 2. I. de action. (4,6).

[2]) Изъ Пандектъ.

должна заключаться или въ самой почвѣ, или въ добываемыхъ изъ нея продуктахъ.

Къ первому классу сервитутовъ относятся три упоминаемые въ римскомъ правѣ вида дорожныхъ сервитутовъ—Wegeservituten. Serv. viae содержитъ въ себѣ право пользованія существующею дорогою, улицею (отъ чего этотъ сервитутъ и получилъ свое названіе)—для прохода, проѣзда верхомъ и въ экипажѣ, для перевозки тяжестей и пр; ширина дороги, въ случаѣ отсутствія особаго опредѣленія, должна быть не менѣе 8 футовъ, при раздѣленіи же ея—не менѣе 16 футовъ. Serv. itineris—право ходить, переносить тяжести и ѣздить верхомъ по чужой землѣ (если только сервитутъ не ограничивается однимъ какимъ-либо или двумя изъ этихъ управомоченій)—и serv. actus—содержащій въ себѣ тѣ же управомоченія съ присоединеніемъ права проѣзда и прогона скота, -отличается отъ serv. viae отсутствіемъ особой, опредѣленной дороги или улицы; различіе это не уничтожается вслѣдствіе назначенія извѣстнаго неизмѣняемаго направленія для осуществленія этихъ правъ на praedium serviens. Примѣненіе этихъ сервитутовъ въ настоящее время опредѣляется слѣдующимъ образомъ: если имѣется въ виду ограниченіе пользованія опредѣленнымъ мѣстомъ и устроена проѣзжая дорога,—слѣдуетъ признавать serv. viae; дорога для прогона скота есть всегда actus (безъ права проѣзда, входившаго въ составъ самаго понятія actus); тропинка для пешеходовъ—всегда iter. Если же сервитутъ не ограниченъ опредѣленнымъ мѣстомъ участка, то его слѣдуетъ всегда считать за actus или iter, смотря по предоставленнымъ управомоченіямъ. Такое же отношеніе къ одной почвѣ имѣютъ тѣ сервитуты, содержаніе которыхъ заключается въ правѣ складывать различные предметы на praedium serviens, напр. плоды, полученные съ praedium dominans.

Къ сервитутамъ, имѣющимъ въ виду продукты, получаемые съ praedium serviens, относятся прежде всего водные сервитуты—въ той мѣрѣ, въ какой предметомъ ихъ служитъ вода, доставляемая подчиненнымъ участкомъ главному. Исключительно къ этому виду сельскихъ сервитутовъ относятся: serv. aquae-haustus, предоставляющій право пользоваться водою съ praedium serviens для praedium dominans, а вмѣстѣ съ тѣмъ и право прохода или проѣзда до воды; serv. pecoris ad aquam appulsus—право устроить водопой для скота на чужомъ земельномъ участкѣ. Къ этому же классу сервитутовъ относится serv. pascendi—право выгона рабочаго скота главнаго земельнаго участка для пастьбы на praedium serviens;—serv. calcis coquendae, cretae eximendae, arenae fodiendae, lapidis exi-

mendi, которыми предоставляется право извлекать изъ praedium serviens для удовлетворенія потребностей главнаго земельнаго участка лѣсъ, известь, мѣлъ, песокъ и камень.

Къ обоимъ разсмотрѣннымъ классамъ сервитутовъ можетъ быть относимъ serv. aquaeductus (съ ограниченіемъ его однимъ лѣтомъ—aqua aestiva, или безъ такого ограниченія—aqua quotidiana, либо днемъ—aqua diurna, либо ночью—aqua nocturna), представляющійся правомъ проведенія воды на praedium dominans съ самаго pr. serviens, или только чрезъ него—изъ другаго мѣста, такъ что служебный земельный участокъ даетъ лишь почву для водопровода. Сервитутъ этотъ заключаетъ въ себѣ управомоченіе—прокладывать необходимыя трубы по всему участку, за исключеніемъ мѣстъ участка, занятыхъ строеніями, лѣсными насажденіями и виноградниками. Вода можетъ быть проводима лишь для удовлетворенія потребностей главнаго земельнаго участка, но отнюдь не для какихъ бы то ни было другихъ участковъ, хотя бы и принадлежащихъ одному собственнику; это слѣдуетъ изъ основнаго характера вещныхъ сервитутовъ. Нельзя считать сервитутомъ право пользоватья водою изъ публичнаго, общественнаго водоема, или изъ общественной рѣки, такъ какъ право это не стоитъ ни въ какой связи ни съ опредѣленнымъ лицомъ, ни съ опредѣленнымъ земельнымъ участкомъ, а пріобрѣтается или посредствомъ разрѣшенія правительства (Assignation der Obrigket), или путемъ незапамятнаго времени.

IV. Возникновеніе сервитутовъ.

§ 186 [1]).

Сервитуты возникаютъ вслѣдствіе установленія ихъ управомоченнымъ лицомъ (§ 187) и вслѣдствіе давности (§ 188). Только ususfructus иногда возникаетъ ipso jure (такъ наз. ususfructus legalis), а именно для отца—по отношенію къ adventitia дѣтей, для невинной стороны въ расторженіи брака,—когда право собственности на имущество, утраченное (verwikt) виновною стороною, достается дѣтямъ, и наконецъ—при потерѣ права собственности супругомъ, вступающимъ во второй бракъ. Пріобрѣтать вещные сервитуты можетъ только то лицо, которое въ качествѣ собственника или добросовѣстнаго владѣльца (или эмфитевтора и суперфиціарія) является представителемъ

[1]) Изъ Пандектъ.

того земельнаго участка, для котораго имѣетъ быть пріобрѣтенъ сервитутъ. Но никакое другое лицо—ни узуарій, ни узуфруктуарій—не можетъ пріобрѣсть сервитута для находящагося въ его пользованіи земельнаго участка.

Для пріобрѣтенія сервитута въ пользу одного земельнаго участка, принадлежащаго нѣсколькимъ собственникамъ, необходимо, чтобы пріобрѣтеніе совершалось каждымъ изъ нихъ или одновременно, или постепенно; но пока хотя бы одинъ изъ нихъ не совершилъ такого пріобрѣтенія, до тѣхъ поръ сервитутъ не существуетъ, такъ какъ сервитуты недѣлимы.

§ 187.

Для установленія сервитута необходимо: 1) извѣстное право со стороны установителя и 2) самый актъ установленія.

Лицомъ, имѣющимъ вообще право установить сервитутъ на извѣстной вещи, является обыкновенно собственникъ ея. Condominus можетъ установить на принадлежащей ему части вещи лишь ususfructus, но никакого другаго сервитута, по причинѣ ихъ недѣлимости; для установленія всякаго сервитута, кромѣ узуфрукта, всѣ собственники одной вещи должны дѣйствовать согласно: сервитутъ возникаетъ тогда, когда установленіе его совершено всѣми собственниками вещи, хотя бы и послѣдовательно одинъ за другимъ.

При установленіи сервитута добросовѣстнымъ владѣльцемъ, право пріобрѣтателя охраняется противъ каждаго лица, къ которому установитель предъявляетъ actio Publiciana in rem. Сервитутъ, установленный суперфиціаріемъ или эмфитевторомъ, охраняется до тѣхъ поръ, пока существуетъ superficies и emphyteusis на вещи (но не до тѣхъ поръ пока установитель продолжаетъ быть субъэктомъ правъ на superficies и emphyteusis: сервитутъ переходитъ при переходѣ этихъ правъ къ другимъ лицамъ и прекращается одновременно съ ихъ прекращеніемъ). По отношенію къ будущимъ вещамъ (для нихъ и на нихъ) могутъ быть установляемы сервитуты; такъ напр. serv. pr. urbanorum могутъ быть установлены для тѣхъ земельныхъ участковъ, которые въ данное время представляются еще сельскими.

Актомъ установленія сервитута можетъ быть завѣщательное распоряженіе—отказъ. Право возникаетъ съ наступленіемъ времени реализаціи легата, при чемъ не требуется никакого особаго акта со стороны пріобрѣтателя.

Другимъ способомъ установленія сервитутовъ, вызвавшимъ много споровъ, былъ договоръ.

При совершеніи договора воля сторонъ можетъ направляться на заключеніе извѣстнаго обязательства, такъ что въ договорѣ вовсе не коренится самое установленіе сервитута; причина этого заключается конечно не въ договорной формѣ, а въ волѣ сторонъ. Поэтому необходимо разрѣшить слѣдующій вопросъ: когда стороны выражаютъ въ договорѣ волю тотчасъ же установить сервитутъ, то достаточно ли этого договора для установленія сервитута, или же требуется еще какой-либо актъ сторонъ? Господствующими мнѣніями требовалась traditio,—по крайней мѣрѣ для положительныхъ сервитутовъ; что же касается сервитутовъ отрицательныхъ, то думали, что традиція заключается уже въ самомъ договорѣ. Мнѣніе это лишено всякаго основанія въ положительномъ правѣ, такъ какъ въ немъ ни слова не говорится о необходимости традиціи; въ основѣ этого мнѣнія лежитъ ошибочное положеніе, что традиція есть общій способъ возникновенія всѣхъ вещныхъ правъ (положеніе это опровергнуто нами выше), такъ напр. ипотека возникаетъ посредствомъ простаго договора (нѣкоторые новые юристы до того проникли́сь указаннымъ ошибочнымъ мнѣніемъ, что нашли необходимымъ отрицать за ипотекой свойства вещнаго права). Кромѣ того, вышеозначенная ошибка вызвана древнею теоріею о titulus и modus adquirendi. Правильный взглядъ на дѣло, отрицающій необходимость традиціи, первоначально былъ высказанъ Савиньи и затѣмъ развитъ другими юристами [1]). Весьма печально видѣть, какъ упорно нѣкоторые почтенные юристы защищаютъ прежнее заблужденіе. Не находя никакихъ положительныхъ доказательствъ необходимости традиціи, они стараются устранить доказательства ея ненужности, забывая, что обязанность представленія доказательствъ лежитъ на тѣхъ лицахъ, которыя заявляютъ о необходимости традиціи.

На самомъ же дѣлѣ существуютъ достаточныя доказательства мнѣнія, противоположнаго тому, которое ими поддерживается, и вполнѣ ясныя для всякаго, кто хотя нѣсколько сознательно относится къ исторіи права.

Сервитуты въ древнѣйшемъ правѣ установлялись исключительно посредствомъ договоровъ, совершаемыхъ въ торжественной, цивильной формѣ: посредствомъ in jure cessio, а сервитуты praed. rusticorum—посредствомъ mancipatio; затѣмъ—посредствомъ соглашенія сторонъ при совершеніи in jure ces-

---

[1]) Schmidtlein, de servitut. per pactum constit. 1823 г., Michelsen, Archiv f. civ. Pr. VIII. 14. 1825 г., Hasse, Rhein. Mus. I. стр. 64—128. 1827 г., Haertel, de serv. per pacta et stip. const. 1828 г.

Изъ Пандектъ.

sio или mancipatio вещи, установленный такимъ образомъ сервитутъ считался serv. jure civili constituta; онъ предполагаетъ сверхъ того наличность вещи, имѣющей commercium juris civilis. Первоначально не существовало никакого другаго сервитута. Вангеровъ думаетъ, что возникновеніе вещнаго права помимо традиціи противно понятію jus civile (uncivilistisch), въ такомъ случаѣ само jus civile слѣдовало бы признать за jus uncivilissimum.

Къ провинціальнымъ земельнымъ участкамъ (а также къ agri vectigales и къ superficies) такое цивильное установленіе сервитута не примѣнялось. Въ этихъ случаяхъ слѣдовало закрѣплять договоръ посредствомъ особой stipulatio, для того чтобы въ случаѣ нарушенія имѣть право личнаго иска (о наказаніи или объ интересѣ); здѣсь уже не было сервитута, а существовала obligatio. Преторское право расширило дѣйствіе такого договора въ слѣдующихъ двухъ случаяхъ: 1) Когда привходила quasi traditio, то лицу управомоченному предоставлялась actio Publiciana, при которой не требовалось доказательствъ права установителя и которою можно было защищаться противъ лица, менѣе управомоченнаго. 2) Пріобрѣтателю, въ случаѣ подкрѣпленія доказательствами правъ установителя, предоставляется actio confessoria, даже помимо традиціи, и слѣдовательно также признается существованіе сервитута; сервитуты въ обоихъ этихъ случаяхъ носили у римскихъ юристовъ названіе servitutes tuitione praetoris constitutae. Такимъ образомъ сервитутъ могъ быть установленъ посредствомъ простаго договора и имѣлъ своимъ послѣдствіемъ преторскую actio confessoria. Право защиты этихъ сервитутовъ можетъ быть распространено 1) вслѣдствіе стипуляціи, предоставляющей субъэкту actio ex stipulatu и 2) вслѣдствіе традиціи, предоставляющей actio Publiciana.

Такимъ образомъ во времена римскихъ юристовъ право на сервитутъ возникало всегда вслѣдствіе договора, помимо традиціи: въ эпоху jus civile посредствомъ выше упомянутыхъ торжественныхъ контрактовъ, во времена преторскаго права посредствомъ простыхъ pacta. Традиція лишь присоединяетъ особенно-выгодное преимущество къ правамъ по сервитуту, но отнюдь не обусловливаетъ его установленія. Итакъ необходимость традиціи должна бы быть постановлена условіемъ пріобрѣтенія сервитутовъ лишь по юстиніановскому праву. Но въ этомъ послѣднемъ нѣтъ ни одного подобнаго узаконенія, а напротивъ выражено прямо-противоположное правило; установленіе сервитута посредствомъ одного договора такъ ясно указано во многихъ мѣстахъ, что нѣтъ никакой возможности подразу-

мѣвать необходимость традиціи [1]). Юстиніанъ сдѣлалъ только то, что само собой вытекало 1) изъ устаренія древнихъ in jure cessio и mancipatio и 2) изъ уничтоженія различія между италійскою и провинціальною недвижимою собственностью, а именно сервитуты по отношенію къ послѣдней стали устанавливаться общимъ порядкомъ—традиція не сдѣлалась необходимымъ условіемъ возникновенія сервитута, а доставляла лишь субъэкту его преимущество, состоявшее въ правѣ защищаться посредствомъ actio Publiciana.

Наконецъ третьимъ способомъ [2]) установленія сервитутовъ слѣдуетъ признать судебное рѣшеніе,—или adjucatio по искамъ о раздѣлѣ, при которой судья, либо раздѣливъ земельный участокъ на части, самъ установляетъ тѣ сервитуты, которые необходимы для удобнаго пользованія каждою частью, либо совершаетъ раздѣлъ посредствомъ установленія сервитута; такъ напр. одному лицу предоставляетъ proprietas вещи, а другому—ususfructus,—или же декретъ, которымъ, за отсутствіемъ лица обязаннаго или присужденнаго установить сервитутъ, послѣдній объявляется установленнымъ, или которымъ, вслѣдствіе in integrum restitutio, возстановляется уже утраченный сервитутъ.

Пріобрѣтеніе сервитутовъ посредствомъ давности.

§ 188.

Институтъ земской давности былъ примѣненъ къ сервитутамъ по той же причинѣ, по какой онъ былъ необходимъ для права собственности, т. е. съ цѣлью обезпечить право отъ изчезающей съ теченіемъ времени возможности доказать самое

---

[1]) § . 4. I de serv. (2,3): si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet. Potest etiam testamento quis heredem suum damnare ne altius tollat aedes suas, ne luminibus aedium vicini officiat, vel ut patiatur eum tignum in parietem immittere, vel stillicidium habere, vel ut patiatur eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere. L. 25. §. 7 D. de usufr (7,1): Quod autem diximus, ex re fructuarii vel ex operis posse adquirere. utrum tunc locum habeat, quotiens jure legati ususfructus sit constitutus, an et si per traditionem vel stipulationem vel alium quemcunque modum, videndum. Et vera est Pegasi sententia, quam et Julianus libro sexto decimo secutus est, omnia fructuario adquiri. L. 1. pr. D. quid mod usufr. (7,4): Non solum usumfructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usufructu. Et parvi refert, utrum jure sit constitutus ususfructus, an vero tuitione praetoris. Proinde traditus quoque ususfructus, item in fundo vectigali vel superficie. non jure constitutus, capitis minutione amittitur.

[2]) Изъ Пандектъ.

право: продолжительное осуществленіе права замѣняетъ доказательство правомѣрнаго его возникновенія.

Первоначально съ означенною цѣлью, повидимому, примѣнялась usucapio, — по крайней мѣрѣ къ тѣмъ сервитутамъ, въ которыхъ можно признать постоянное осуществленіе, continua possesio т. е. къ servitutes praed. urbanorum и къ личнымъ сервитутамъ. Но потомъ, вслѣдствіе изданія lex Scribonia, отказались отъ такого примѣненія usucapio къ сервитутамъ и потому пріобрѣтеніе ихъ путемъ обыкновенной земской давности сдѣлалось невозможнымъ.

Преторское право признало за longum tempus послѣдствія земской давности, такъ что давностью сервитутовъ будетъ— longi temporis quasi possessio. Эта давность, по своимъ условіямъ, весьма рѣзко отличается отъ земской давности, такъ что принципы этой послѣдней могли быть примѣнены къ первой— только при множествѣ существенныхъ измѣненій. Положеніе это упускается обыкновенно изъ виду учеными, вслѣдствіе чего возникло множество ошибокъ [1]). Условія давности по сервитутамъ—слѣдующія:

1) Пріобрѣтеніе владѣнія (см. выше въ ученіи о владѣніи). Justus titulus и bona fides здѣсь не требуются; ихъ замѣняетъ другое условіе.

2) Продолженіе осуществленія сервитута въ теченіи извѣстнаго времени. Для доказательства такого осуществленія недостаточно удостовѣрить начало и конецъ его (какъ въ правѣ собственности), но должны быть доказаны тѣ дѣйствія, которыми выражалось осуществленіе сервитута въ теченіи всего срочнаго періода; сколько такихъ дѣйствій необходимо для признанія сервитута пріобрѣтеннымъ—опредѣляетъ судья по своему усмотрѣнію. Означенныя доказательства безусловно необходимы при servitutes discontinuae, осуществляемыхъ лишь посредствомъ отдѣльныхъ, ничѣмъ между собою не связанныхъ дѣйствій, какъ напр. дорожные и вообще всѣ сервитуты praediorum rusticorum. Но доказательство осуществленія сервитута

---

[1]) Слѣдующія мнѣнія ученыхъ представляются вполнѣ ошибочными: 1) servitutes discontinuae не могутъ быть пріобрѣтаемы посредствомъ давности; 2) не могутъ быть пріобрѣтаемы такимъ образомъ личные сервитуты; 3) давностное пріобрѣтеніе сервитутовъ исключается неспособностью вещи быть предметомъ usucapio; 4) по указанной въ 3 п. причинѣ должна быть допущена 30 лѣтняя и даже болѣе продолжительная — чрезвычайная давность; 5) для пріобрѣтенія сервитута посредствомъ давности необходимъ titulus; 6) для той же цѣли необходима bona fides, и 7) срокъ, по истеченіи котораго давностное пріобрѣтеніе сервитута должно считать совершившимся, точно не опредѣленъ, а зависитъ отъ усмотрѣнія судьи. Изъ Пандектъ.

въ теченіи срока, назначеннаго для его пріобрѣтенія, не требуется въ тѣхъ случаяхъ, когда пріобрѣтается личный сервитутъ, сопровождаемый держаніемъ вещи, или какой-либо другой сервитутъ, уполномочивающій на извѣстное сооруженіе, напр. serv. tigni и oneris; въ этихъ случаяхъ достаточно доказательства начала и конца осуществленія сервитута; представленіе доказательствъ перерыва въ осуществленіи его падаетъ на лицо, оспаривающее пріобрѣтеніе сервитута. Перерывъ давности, посредствомъ которой пріобрѣтаются сервитуты, происходитъ здѣсь, также какъ и въ правѣ собственности, вслѣдствіе потери владѣнія.

3) Изъ вышесказаннаго слѣдуетъ, что при пріобрѣтеніи сервитутовъ посредствомъ давности пріобрѣтеніе владѣнія не является такимъ важнымъ моментомъ, какъ при usucapio вещи. Поэтому требованіе правомѣрности владѣнія не ограничивается здѣсь однимъ началомъ его (т. е. не требуется ни justus titulus, ни bona fides), но всей продолжительностью его осуществленія. Владѣніе должно быть justa possessio, т. е. оно въ теченіи всего срока не должно было осуществляться vi, clam или precario—по отношенію къ собственнику служебной вещи. Насиліе, vis, должно быть признано при осуществленіи владѣнія вопреки запрещенію; поэтому такое запрещеніе прерываетъ теченіе давности, установленной для сервитутовъ. Наличность разсмотрѣннаго третьяго условія давности должна также быть доказываема истцомъ; причемъ однако достаточно представленія доказательствъ того, что осуществленіе владѣнія сервитутомъ съ самаго начала не совершалось nec vi, nec clam, nec precario, а послѣдующая за тѣмъ правомѣрность осуществленія уже предполагается.

Признавъ означенное третье условіе, нелѣпо требовать еще наличности justus titulus и bona fides, такъ какъ очевидно, что суррогатомъ ихъ должна служить justa possessio. Требованіе титула не имѣетъ никакого основанія въ положительномъ правѣ, для bona fides же ссылаются обыкновенно на одно постановленіе [1]), которое безъ сомнѣнія говоритъ не объ условіяхъ давностнаго пріобрѣтенія сервитутовъ, но о владѣніи ими („servitute usus"), и которое могло бы лишь служить доказательствомъ необходимости условія bona fides для владѣнія. Но такого условія никто не требуетъ, а потому слѣдуетъ при-

---

[1]) L. ult. D. quemadm. serv. (8, 6): Servitute usus non videtur nisi is, qui suo jure uti se credidit, ideoque si quis pro via publica, vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit.

знать, что слово credidit значитъ то же, что tanquam id suo jure faceret; оно не означаетъ „истинную увѣренность“, а лишь „намѣреніе осуществлять сервитутъ, какъ собственное право“. Это слѣдуетъ изъ противоположенія pro via publica—pro alterius servitute.

4) Срокъ, назначенный для давностнаго пріобрѣтенія сервитутовъ—longum tempus, т.-е. 19 лѣтъ—inter praesentes и 20—inter absentes. Мнѣніе, что терминъ longum temps имѣетъ здѣсь другое значеніе,—неосновательно. Для пріобрѣтенія сервитутовъ не требуется болѣе продолжительнаго срока; поэтому слѣдуетъ признать ошибочнымъ допущеніе экстраординарной давности для вещей, неспособныхъ быть предметомъ usucapio, такъ какъ самое понятіе о неспособности вещи быть узукапируемою относится лишь къ давностному пріобрѣтенію права собственности.

V. Прекращеніе сервитутовъ.

§§ 189 и 190.

Право собственности можетъ прекращаться двояко: или такимъ образомъ, что оно переходитъ къ другому лицу, или же оно уничтожается совсѣмъ—вслѣдствіе того, что вещь вообще перестаетъ быть объэктомъ чьего-либо права собственности. Тоже самое видимъ мы при emphyteusis и superficies; но совсѣмъ другое представляютъ намъ сервитуты, не допускающіе отчужденія или смѣны субъэктовъ. Такимъ образомъ всякая утрата сервитута субъэктомъ его является уничтоженіемъ самаго сервитута, присоединеніемъ отдѣленной составной части къ праву собственности.

Это основное правило представляетъ нѣсколько (частью дѣйствительныхъ, частью лишь мнимыхъ, кажущихся) отступленій.

1) Когда сервитутъ, именно узуфруктъ, предоставленъ лицу такимъ образомъ, что онъ, въ случаѣ утраты, возобновляется, а не прекращается; здѣсь при утратѣ сервитута прежнимъ субъэктомъ его, выступаетъ новый субъэктъ, которымъ можетъ быть какъ то же самое, такъ и всякое другое лицо. Отступленіе здѣсь будетъ только кажущимся, такъ какъ въ сущности прежній сервитутъ уничтожился, а возникъ совершенно новый и отъ него независимый сервитутъ.

2) Когда нѣсколькимъ лицамъ принадлежитъ одинъ и тотъ же сервитутъ на одной вещи, напр. usus или serv. realis, то ихъ управомоченія солидарны, но всѣ субъэкты ограничиваютъ другъ друга въ осуществленіи сервитута. Такое ограни-

ченіе уничтожается вслѣдствіе утраты права на сервитутъ однимъ изъ субъэктовъ, но собственнику вещи это можетъ не принести никакой выгоды. Отступленіе здѣсь также кажущееся: утраченный сервитутъ дѣйствительно прекратился, возвратившись къ собственнику вещи, но оставшійся сервитутъ нельзя считать новымъ, это—прежній сервитутъ, освобожденный лишь отъ одного *фактическаго* ограниченія.

3) Когда нѣсколькимъ лицамъ предоставленъ узуфруктъ одною вещью, то они, вслѣдствіе дѣлимости fructus, управомочены pro parte. Такимъ образомъ здѣсь существуетъ не только фактическое ограниченіе осуществленія права, но и дѣленіе самаго права. Если каждому лицу предоставлена извѣстная, опредѣленная доля, напр. посредствомъ отказа по завѣщанію, то доля, принадлежавшая лицу, утратившему сервитутъ, достается собственнику вещи, т. е. опять таки нѣтъ отступленія отъ вышеуказаннаго общаго правила. Если же ususfructus предоставленъ каждому лицу по отношенію къ цѣлой вѣщи, то хотя также происходитъ дѣленіе права, однако, въ виду управомоченія каждаго лица ко всей вещи, часть утратившаго сервитутъ присоединяется къ частямъ остальныхъ субъэктовъ, а не возвращается къ собственнику вещи. Здѣсь такимъ образомъ является дѣйствительное оступленіе отъ означеннаго принципа.

Утратить сервитутъ можетъ только субъэктъ его, т. е. въ вещныхъ сервитутахъ—собственникъ господствующаго участка; нѣсколько собственниковъ (condomini) утрачиваютъ сервитутъ лишь вслѣдствіе наступленія причины, уничтожающей сервитутъ, напр. отказа или non usus, для каждаго изъ нихъ; это слѣдуетъ изъ принципа нераздѣльности сервитутовъ.

Въ числѣ способовъ уничтоженія сервитутовъ слѣдуетъ обратить особенное вниманіе на слѣдующіе.

а) Уничтоженіе служебной вещи—какъ физическое, такъ и юридическое т. е. изъятіе ея изъ гражданскаго оборота. Однако частичнаго уничтоженія вещи недостаточно, напр. недостаточно разрушенія одного строенія, такъ какъ сервитутъ не связанъ съ простымъ superficies. Для личныхъ сервитутовъ достаточно полнаго, всесторонняго измѣненія вещи, напр. превращенія praedium urbanum въ area и наоборотъ. Если собственникъ извѣстнаго земельнаго участка сооружаетъ на немъ постройку безъ согласія субъэкта сервитута, то послѣдній можетъ требовать возвращенія ему узуфрукта—въ случаѣ разрушенія строенія до уничтоженія сервитута вслѣдствіе непользованія имъ; въ противномъ случаѣ онъ можетъ требовать возмѣщенія убытковъ.

b) Confusio, соединеніе права собственности и сервитута въ одномъ лицѣ. Возвращеніе личнаго сервитута собственнику вещи технически называется consolidatio. Когда субъэктъ сервитута дѣлается лишь собственникомъ служебной вещи, то онъ, вслѣдствіе недѣлимости сервитута, не лишается своего права на сервитутъ. Какъ возникновеніе сервитута невозможно, когда собственникъ одного земельнаго участка является въ то же время, вмѣстѣ съ нѣсколькими лицами, собственникомъ (condominus) другаго, точно также невозможно и прекращеніе сервитута, когда собственникъ одного praedium становится condominus другаго praedium'а; сервитутъ долженъ бы прекратиться лишь въ той части, которую пріобрѣтетъ субъэктъ его—въ правѣ общей собственности на второй участокъ, а это невозможно.

c) Уничтоженіе субъэкта сервитута. Личные сервитуты не могутъ продолжаться долѣе, чѣмъ существуетъ тотъ индивидуумъ, для котораго они установлены; поэтому они прекращаются вслѣдствіе смерти субъэкта; если такой сервитутъ предоставленъ и наслѣдникамъ его субъэкта, то сервитутъ этихъ послѣднихъ будетъ уже новымъ usus или ususfructus. Особый случай прекращенія сервитутовъ указанъ въ L. 14. C. de usur. [1])—когда кому-либо отказывается по завѣщанію proprietas вещи до тѣхъ поръ, пока наслѣдникъ завѣщателя будетъ имѣть ususfructus;—здѣсь такимъ образомъ является inutile legatum [2]). Но Юстиніанъ считаетъ такой отказъ за utile legatum. Затрудненіе усматриваетъ онъ лишь въ томъ, что означенный узуфруктъ наслѣдника завѣщателя долженъ былъ бы перейти и къ наслѣдникамъ перваго; Юстиніанъ опредѣляетъ, что такой переходъ

---

[1]) L. 14. C. de usufr. (3,33): Antiquitas dubitabat, si quis fundum vel aliam rem cuidam testamento reliquerit, quatenus ususfructus apud heredem maneat, si hujusmodi constat legatum. Et quidem inutile legatum esse existimabant, quia ususfructus nunquam ad suam redit proprietatem, sed semper apud heredem remanet, et forsitan hoc existimabant, quia et secundus heres et deinceps successores unius esse videntur, et non potest hujusmodi ususfructus secundum veterem distinctionem solitis modis extingui. Alii autem hujusmodi legatum non esse respuendum existimaverunt. Tales altercationes decidentes sancimus, et hujusmodi legatum firmum esse, et talem usumfructum una cum herede finiri, et illo moriente vel aliis legitimis modis eum amittente exspirare. Quare enim iste ususfructus sibi tale vindicat privilegium, ut generali interemtione ususfructus ipse solum excipiatur? quod ex nulla induci rationabili sententia manifestissimum est. Et propter hoc et usumfructum finiri, et ad proprietatem suam redire, et utile esse legatum sancientes, hujusmodi paucissimis verbis totam eorum ambiguitatem delevimus.

[2]) Ср. § 1. in fin. I. de usufr. (2,4) съ L. 65. D. de V. P. (50,16).

Прим. изд.

не долженъ быть допускаемъ, что узуфруктъ прекращается со смертью наслѣдника завѣщателя и что послѣ этого легатарій имѣетъ уже plenam proprietatem [1]). Другое затрудненіе—относительно условій означеннаго узуфрукта—Юстиніанъ оставилъ безъ упоминанія. Такимъ образомъ онъ въ данномъ случаѣ видитъ отказъ права собственности за исключеніемъ узуфрукта, который рано или поздно долженъ прекратиться.

Если узуфруктъ предоставленъ подвластному сыну, то пріобрѣтеніе совершается отцомъ (если только этотъ узуфруктъ не относится къ bona castrensia). Ususfructus не прекращается ни вслѣдствіе смерти того filiusfamilias, для котораго онъ былъ установленъ,—переходя къ отцу, ни вслѣдствіе смерти отца,—переходя къ сыну [2]).

d) Личные сервитуты, предоставленные юридическимъ лицамъ [3]) уничтожаются по истеченіи 100 лѣтъ съ момента возникновенія. Кромѣ того личные сервитуты уничтожаются вслѣдствіе capitis deminutio maxima и media, вещные же—вслѣдствіе физическаго или юридическаго уничтоженія господствующаго земельнаго участка.

Наконецъ управомоченное лицо можетъ само уничтожить сервитутъ или посредствомъ договора съ собственникомъ служебной вещи, или же одностороннимъ образомъ—посредствомъ derelictio; онъ можетъ также утратить сервитутъ помимо своей воли вслѣдствіе непользованія имъ—non usus.

Древнѣйшее право опредѣляло, что usus и ususfructus уничтожаются вслѣдствіе неосуществленія ихъ въ теченіи одного или двухъ лѣтъ (смотря по тому, принадлежитъ ли служебная вещь къ движимымъ или недвижимымъ вещамъ), вещные же сервитуты вслѣдствіе двухлѣтняго non usus. Для serv. praed. urb. недостаточно простаго non usus, а необходимо, чтобы къ нему привзошла libertatis usucapio (см. ниже). Юстиніанъ увеличилъ этотъ срокъ до 10 и 20 лѣтъ, безъ различія для движимыхъ и недвижимыхъ вещей, въ остальныхъ же отношеніяхъ онъ сохранилъ древнее право, которое поэтому и включено въ Пандекты. Таково содержаніе постановленій Институцій и закона, изданнаго въ 531 году [4]). Сомнѣніе возбуждалъ одинъ законъ, изданный въ 530 году [5]); значеніе этого послѣд-

---

[1]) По мнѣнію сабиніанской школы, L. 4. D. si ususfructus (7,6), L. 6. pr. D. de usufr (7, 1) *Прим. изд.*

[2]) L. 17. C. de usufr. (3,33).

[3]) Изъ Пандектъ.

[4]) §. 3. I. de usufr. (2, 4), L. 13. C. de serv. (3,34).

[5]) L. 16. §. 1. C. de usufr. (3,33).

няго закона слѣдующее: во время его изданія Юстиніанъ имѣлъ намѣреніе отнять у non usus значеніе способа уничтоженія сервитутовъ, опредѣливъ для этой цѣли, по крайней мѣрѣ для личныхъ сервитутовъ, простое давностное освобожденіе вещи (Ersitzung der Freiheit) со всѣми условіями longi temporis praescriptio. Впослѣдствіи онъ отказался отъ этого плана и распространилъ longum tempus на non usus вещныхъ сервитутовъ. Одинъ только принципъ изъ прежнихъ его предположеній остался въ юстиніановскомъ правѣ—именно различіе, обусловливаемое присутствіемъ и отсутствіемъ лица во время non usus.

Относящіяся сюда постановленія Юстиніана могутъ быть понимаемы двояко:

1) Praesentia и absentia—въ обыкновенномъ значеніи, когда эти понятія собственно предполагаютъ владѣніе. Различіе это здѣсь не имѣетъ никакого значенія для non usus; напр. если я не осуществляю вещный сервитутъ, то понятно, что никакого вліянія не имѣетъ то обстоятельство, что собственникъ служебной вещи живетъ или не живетъ въ одной со мною провинціи. Примѣнять къ разсмотрѣнному случаю положеніе Юстиніана было бы нелѣпо.

2) Absentia понимается въ обыкновенномъ смыслѣ; тогда постановленіе Юстиніана будетъ имѣть слѣдующее значеніе: если non usus произойдетъ вслѣдствіе отсутствія субъэкта сервитута, то для утраты послѣдняго ему долженъ быть назначенъ двойной срокъ (вмѣсто in integrum restitutio даваемой въ случаѣ отсутствія).

Намъ необходимо нѣсколько подробнѣе разсмотрѣть понятія non usus и libertatis usucapio.

Подъ именемъ non usus разумѣется утрата права вслѣдствіе отрицательнаго дѣйствія его субъэкта; поэтому pupillus не можетъ утрачивать своихъ правъ этимъ способомъ, такъ какъ онъ неспособенъ къ совершенію такихъ дѣйствій, послѣдствіемъ которыхъ можетъ быть ущербъ для него. Для наличности такого non usus необходимы въ различныхъ видахъ сервитутовъ и различныя условія.

1) Для утраты сервитутовъ usus и ususfructus необходимо прекращеніе обладанія служебною вещью; при этомъ возможна частичная утрата узуфрукта,—вслѣдствіе превращенія его въ usus. Въ случаѣ передачи узуфруктуаріемъ своихъ правъ другому лицу и неосуществленія ихъ послѣднимъ, весьма важное значеніе будетъ имѣть различіе въ характерѣ самой передачи; если она совершена за деньги, то этотъ фактъ самъ по себѣ уже составляетъ осуществленіе узуфрукта; если же передача безмездна, то узуфруктуарій осуществляетъ свое право лишь посредствомъ дѣйствительнаго осуществленія его представите-

лемъ и non usus этого послѣдняго равенъ вполнѣ non usus'у самого субъэкта сервитута. Ususfructus alternis annis datus не можетъ уничтожаться вслѣдствіе non usus, такъ какъ въ немъ заключается нѣсколько отдѣльныхъ, другъ отъ друга независимыхъ правъ.

2) Въ вещныхъ сервитутахъ, управомочивающихъ субъэкта на совершеніе отдѣльныхъ, опредѣленныхъ дѣйствій, non usus состоитъ въ несовершеніи такихъ дѣйствій ни самимъ собственникомъ господствующей вещи, ни какимъ-либо другимъ лицомъ— для этого собственника. Non usus лица, являющагося въ данный моментъ собственникомъ вещи, не имѣетъ значенія. Non usus предполагаетъ возможность осуществленія правъ по сервитуту; поэтому если эти права были предоставлены подъ какимъ-либо условіемъ, то non usus исчисляется съ момента наступленія условія. Если осуществленіе сервитута должно совершаться періодически, напр. разъ въ мѣсяцъ, разъ въ годъ, то для утраты его вслѣдствіе non usus опредѣленъ 20 лѣтній срокъ. Препятствіе къ осуществленію, происшедшее вслѣдствіе какихъ либо физическихъ свойствъ самой вещи, напр. вслѣдствіе наводненія земельнаго участка, вслѣдствіе разрушенія служебнаго строенія, даетъ право на реституцію противъ причисленія къ сроку того времени, въ теченіи котораго сервитутъ не былъ осуществляемъ по означеннымъ причинамъ.— Исключеніе, существующее для iter ad sepulcrum, объясняется слѣдующимъ образомъ: iter ad sepulcrum собственно не естъ сервитутъ, такъ какъ sepulcrum относится къ res religiosae, не подлежащимъ праву собственности и потому не имѣющимъ сервитутовъ. Если онъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ и обсуждается какъ сервитутъ, то это отнюдь не должно служить къ невыгодѣ его; прекращеніе вслѣдствіе non usus менѣе всего можетъ быть примѣнено къ этому iter ad sepulcrum, такъ какъ поводы къ осуществленію этого подобія сервитута слишкомъ неопредѣленны, неточны.

3) Въ вещныхъ сервитутахъ, управомочивающихъ субъэкта къ какому-либо сооруженію, напр. servitus tigni, oneris protegendi etc, non usus обусловливается лишь полнымъ удаленіемъ, уничтоженіемъ означеннаго сооруженія, для чего обыкновенно требуется положительное дѣйствіе обязаннаго собственника, напр. задѣлка отверстія въ стѣнѣ при servitus tigni etc.

4) Въ отрицательныхъ вещныхъ сервитутахъ для наличности non usus необходимо предпринятіе тѣхъ дѣйствій, которыя могъ бы запретить субъэктъ сервитута, и отсутствіе такого запрещенія; такимъ образомъ non usus состоитъ здѣсь въ из-

вѣстныхъ положительныхъ дѣйствіяхъ собственника служебнаго земельнаго участка.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ такого non usus недостаточно, а необходимо, чтобы къ нему привзошла такъ называемая libertatis usucapio. Въ чемъ же состоитъ она? По мнѣнію Савиньи, оона состоитъ въ дѣятельности собственника, обусловливающей возможность и наличность non usus'а (см. выше рубрики 3 и 4). Но это не вѣрно; libertatis usucapio заключается во владѣніи служебнымъ земельнымъ участкомъ, какъ вещью вполнѣ самостоятельною; безъ наличности такого владѣнія non usus субъэкта сервитута не можетъ имѣть никакого значенія. Въ какихъ же случаяхъ требуется эта libertatis usucapio? Она положительно необходима для сервитутовъ praediorum urbanorum [1]) на томъ основаніи, что эти сервитуты находятся въ такомъ близкомъ отношеніи (въ пространствѣ) къ самому praedium dominans, что они осуществляются въ юридическомъ владѣніи господствующаго земельнаго участка. Поэтому и казалось справедливымъ требовать для уничтоженія этихъ сервитутовъ вслѣдствіе непользованія — владѣніе служебнымъ земельнымъ участкомъ, какъ вполнѣ самостоятельнымъ. Но это понятіе libertatis usucapio нѣкоторыми учеными было значительно распространено.

Многіе юристы признавали ее, кромѣ того, и въ личныхъ сервитутахъ; мнѣніе это возникло лишь благодаря тому закону Юстиніана, которымъ былъ отмѣненъ non usus (замѣненный упомянутою longi temporis praescriptio и затѣмъ опять возстановленный).

Наконецъ Цахаріэ, въ вышеуказанномъ своемъ сочиненіи, заявилъ требованіе наличности этой libertatis usucapio для всѣхъ сервитутовъ вообще, за исключеніемъ трехъ дорожныхъ сервитутовъ, serv. aquae ductus и aquae haustus [2])—на томъ основаніи, что только относительно этихъ сервитутовъ въ источникахъ права прямо означено, что для прекращенія ихъ достаточно одного non usus. Это обстоятельство не можетъ служить

---

[1]) L. 6. D. de S. P. U. (8,2), L. 32. §. 1. D. eod., L. 18. §. 2. D. quemadm. serv. (8,6).

[2]) Того же мнѣнія и Elvers, cit. §. 40. Примѣненіе non usus'а ко всѣмъ сервитутамъ, состоящимъ въ какомъ либо usus, а не къ исчисленнымъ только въ видѣ примѣра пяти сервитутамъ, выводили изъ правила: quibus modis adquirimus, iisdem in contrarium actis ammittimus, L. 133. D. de R. I. (50, 17). Но такъ какъ non usus представляется неопредѣленнымъ состояніемъ, то въ него включили еще понятіе фактиваго отказа, отреченія. Paul. R. L. I, 17. §. 12. „veluti remissa", также опровергаетъ ограниченіе non usus'а указанными пятью примѣрами. *Прим. изд.*

доказательствомъ мнѣнія Цахаріэ потому, что означенные пять сервитутовъ въ видѣ примѣровъ упоминаются во многихъ другихъ законоположеніяхъ — безъ цѣли обозначить примѣненіе этихъ послѣднихъ исключительно къ названнымъ сервитутамъ. Мнѣніе это прямо опровергается въ L. 6. D. de S. P. U. [1]). Цахаріэ стремится устранить это опроверженіе, утверждая, что Гай считалъ только четыре сельскихъ сервитута. Но этому трудно повѣрить; впрочемъ, если бы даже это и было такъ, то отсюда слѣдовало бы совершенно противоположное указываемому ученымъ Цахаріэ положеніе, такъ какъ слова Гая обозначали бы, что для всѣхъ serv. praed. rusticorum достаточно одного non usus, причемъ совершенно не важно, если бы Гай дѣйствительно по ошибкѣ призналъ лишь означенные сельскіе сервитуты.

VI. Охраненіе сервитутовъ.

§ 191.

Искъ о правѣ по сервитуту носитъ названія vindicatio servitutis, petitio libertatis (первымъ выраженіемъ обозначается искъ о вещныхъ сервитутахъ, вторымъ — искъ о сервитутахъ личныхъ) или же confessoria in rem actio (въ противоположность предоставленной собственнику actio negatoria). Послѣдній терминъ является преобладающимъ и употребляется даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда не существуетъ противоположенія между исками субъэкта сервитута и собственника вещи.

Истцомъ является субъэктъ сервитута; въ вещныхъ сервитутахъ—собственникъ praedium dominans. Actio utilis предоставлена залогопринимателю, эмфитевту, суперфиціарію и узуфруктуарію. Послѣдній имѣетъ право предъявить actio confes-

---

[1]) L. 6. D. de S. P. U. (8,2): Haec autem jura similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt, nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat. Veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas perfixas habuero vel obstruxero, ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris, alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni immissi aedes tuae servitutem debent, et ego exemero tignum, ita demum amitto jus meum, si tu foramen, unde exemtum est tignum, obturaveris. et per constitutum tempus ita habueris; alioquin si nihil novi feceris, integrum jus suum permanet.

soria и на основаніи своего права по узуфрукту: ему предоставлена не только vindicatio servitutis (вещнаго сервитута), но и petitio usufructus, такъ какъ право его распространяется и на этотъ родъ пользованія земельнымъ участкомъ [1]). Такая же utilis actio должна быть предоставляема и добросовѣстному владѣльцу, при чемъ достаточно, чтобы онъ доказалъ свою possessio ad usucapionem по отношенію къ praedium dominans. Но неправильно признавать достаточнымъ доказательства простаго владѣнія или вѣроятности права собственности; это право не есть простая legitimatio ad causam, а является скорѣе элементомъ самой основы иска.

Поводомъ иска по сервитуту служитъ полное или частичное нарушеніе сервитута: отнятіе или препятствованіе его осуществленію; отвѣтчикомъ же является не одинъ собственникъ служебной вещи. Фактъ владѣнія не играетъ при этомъ никакой роли: истецъ можетъ продолжать быть владѣльцемъ и все-таки жаловаться въ судъ, possessor juris можетъ быть и petitor juris (совершенно иначе въ искахъ о правѣ собственности). Но possessor juris сдѣлаетъ лучше и цѣлесообразнѣе, если предъявитъ interdictum retinendae possessionis, благодаря которому онъ 1) сохранитъ осуществленіе своего права въ теченіи всего процесса и 2) заставитъ противника выступить съ actio negatoria и тѣмъ возложитъ на него обязанность доказывать его право собственности.

Необходимо указать здѣсь еще на одинъ случай: если кто-либо предъявляетъ искъ на основаніи отрицательнаго сервитута (напр. serv. altius non tollendi)—до совершенія отвѣтчикомъ дѣйствія, запрещаемаго сервитутомъ, то этотъ отвѣтчикъ можетъ уклониться отъ отвѣта на судѣ: если же онъ въ свою очередь захочетъ предпринять надстройку своего строенія, то онъ уже долженъ выступить въ качествѣ истца, притомъ на основаніи сервитута противоположнаго вышеуказанному, т. е. онъ долженъ предъявить actio confessoria на основаніи serv. altius tollendi, а не простую actio negatoria (отрицаніе принадлежности сервитута altius non tollendi), и поэтому онъ долженъ доказать, что имѣетъ какъ бы вновь пріобрѣтенное право на извѣстное положительное дѣйствіе [2]).

---

[1]) Узуфруктуарій не имѣетъ впрочемъ права предъявить vindicatio сервитута противъ dominus'a, L. un. §. 4. 5. D. de remiss. (43,25). Нѣкоторые ученые признавали этотъ искъ излишнимъ даже по отношенію къ третьимъ лицамъ, L. 1. pr., L. 5. §. 1. D. si ususfr. pet. (7,6). *Прим. изд.*

[2]) L. 15. D. de O. N. N.

Предметомъ иска [1]) по сервитуту служитъ устраненіе нарушенія сервитута и вознагражденіе за вредъ и убытки отъ этого нарушенія, воспрещеніе подобнаго нарушенія на будущее время и даже, если таковое уже повторялось неоднократно, cautio realis de non amplius turbando. Нѣсколько собственниковъ одного praedium dominans предъявляютъ искъ по сервитуту in solidum; точно также in solidum направляется искъ противъ нѣсколькихъ собственниковъ одного praedium serviens.

Прошеніе по означенному иску должно быть формулировано слѣдующимъ образомъ: въ виду того, что сервитутъ принадлежитъ мнѣ, истцу, прошу обязать отвѣтчика воздерживаться отъ нарушенія этого сервитута подъ извѣстнымъ штрафомъ и потому (въ случаѣ бывшаго уже нарушенія) истребовать отъ него cautio de non amplius turbando (въ личныхъ сервитутахъ— присудить къ выдачѣ служебной вещи) и затѣмъ вознаградить всѣ понесенные мною вредъ и убытки.

§ 192.

Истецъ, предъявившій actio confessoria, долженъ доказать существованіе права по сервитуту, т. е. доказать возникновеніе сервитута со всѣми необходимыми его условіями. Поэтому, доказывая дѣйствительное установленіе сервитута, онъ долженъ удостовѣрить не только актъ установленія, но и самое право установителя, или же давностное пріобрѣтеніе сервитута. Преторское право предоставляетъ субъэкту сервитута особый искъ, облегчающій его onus probandi,—actio Publiciana, впрочемъ лишь въ случаѣ пріобрѣтенія сервитута посредствомъ традиціи. Доказательства истца должны быть направлены только на совершеніе quasi traditio съ justa causa, т. е. съ волею установить сервитутъ.

Предметъ этого иска тотъ же, что и въ actio confessoria; petitum формулируется такъ: въ виду того, что мнѣ, истцу, предоставленъ сервитутъ вполнѣ правомѣрнымъ способомъ, прошу и пр., или же подобно просительному пункту въ actio Publiciana о правѣ собственности: такъ какъ данное право принадлежитъ мнѣ, истцу, jure servitutis vel quasi, то прошу и пр.

Впрочемъ разсматриваемый искъ имѣетъ меньшія послѣдствія, чѣмъ другіе способы охраненія сервитутовъ, а именно 1) судья вовсе не разрѣшаетъ вопроса о правѣ по сервитуту, 2) отвѣтчикъ, проигравшій по этому иску, можетъ защищаться противъ истца предъявленіямъ actio negatoria, не опасаясь эксцепціи rei judicatae.

---

[1]) Изъ Пандектъ.

ГЛАВА V.

ЗАКЛАДНОЕ ПРАВО.

1 Понятіе и виды залога.

§ 193.

Вещь, какъ извѣстная имущественная цѣнность, имѣетъ то свойство, что можетъ быть продаваема, обмѣниваема на деньги; это свойство вещи можетъ служить содержаніемъ особаго права на нее, которое, конечно, должно существовать не отдѣльно, а всегда въ связи съ какимъ-нибудь другимъ правомъ.

Такое право продажи вещи является способомъ обезпеченія обязательства; кредитору предоставляется такая вещь, стоимостью которой онъ въ крайнемъ случаѣ можетъ удовлетворить свою претензію; такимъ образомъ кредитору предоставляется извѣстное право на цѣнность вещи. Сдѣлка, посредствомъ которой совершается подобное обезпеченіе обязательства, называется залогомъ, obligatio rei, Verpfaendung; право же, которое вслѣдствіе этого возникаетъ, называется закладнымъ правомъ, pignus въ обширномъ смыслѣ, Pfandrecht.

Обращаясь къ ученію о закладномъ правѣ, необходимо обратить вниманіе на содержаніе и форму этого права. Содержаніе его, по крайней мѣрѣ существеннѣйшее, составляетъ право продажи вещи; форма его—имѣетъ своимъ назначеніемъ дать кредитору возможность продать вещь и тѣмъ обезпечить осуществленіе его права по обязательству. Когда объэктомъ закладнаго права служитъ вещь, то оно можетъ принимать слѣдующія три формы:

1) Форму права собственности. Отдача въ залогъ въ этомъ случаѣ совершалась посредствомъ mancipatio или in jure cessio вещи, съ условіемъ remancipatio послѣ полнаго удовлетворенія кредитора; условіе это носитъ названіе fiducia; то же названіе присвоено и самому разсмотрѣнному виду залога. Должникъ здѣсь можетъ сохранить владѣніе вещью лишь въ качествѣ прекариста.

2) Форму владѣнія. Это бывало, когда отдача въ залогъ совершалась посредствомъ простой traditio, или такъ называемаго

contractus pigneraticius; здѣсь также возможно прекарное владѣніе должника. Сюда относится закладное право на тѣ имѣнія, владѣніе которыми преторъ предоставляетъ кредитору для обезпеченія его долговой претензіи.

3) Форму jus in re. Эта форма возникла вслѣдствіе постановленія преторскаго права о томъ, что даже простое соглашеніе вѣрителя и должника, безъ всякаго перехода права собственности или владѣнія, должно давать вѣрителю право продать вещь для удовлетворенія долга и съ этой цѣлью уполномочивать его предъявить виндикацію противъ лица, владѣющаго данною вещью. Это право установлено было первоначально по отношенію къ invecta и illata арендатора,—actio Serviana, а за тѣмъ и по отношенію ко всѣмъ вещамъ вообще,—actio quasi Serviana. Этотъ видъ закладнаго права носитъ названіе hypotheca и во многихъ случаяхъ признается возникшимъ и существующимъ tacite (законная ипотека); впрочемъ оно можетъ возникать и въ силу рѣшенія судьи. Кромѣ того, вслѣдствіе соединенія этого вида залога съ двумя предшествующими, они получаютъ большее значеніе, сопровождаясь присвоенной первому виндикаціей. Благодаря этой упрощенной формѣ залога, значительно увеличилось число объэктовъ закладнаго права; такъ, совершеніе залога въ первыхъ двухъ формахъ безусловно предполагало объэктъ права собственности и владѣнія, посредствомъ же ипотеки можетъ быть заложено все то, что имѣетъ какую бы то ни было цѣнность. Первая форма залога—fiducia—исчезла въ юстиніановскомъ правѣ, такъ что остались лишь два вида закладнаго права:

1) Закладное право, соединенное съ владѣніемъ—pignus. Владѣніе здѣсь можетъ быть юридическимъ или естественнымъ; послѣднее бываетъ при pignus praetorium, возникающемъ вслѣдствіе missio in possessionem; первое же обыкновенно при contractus pigneraticius (Faustpfand).

2) Закладное право—безъ владѣнія, hypotheca. Pignus и hypotheca не представляютъ никакого различія въ смыслѣ закладнаго права, различіе между ними обусловливается тѣмъ, что вовсе не касается непосредственно сущности закладнаго права. По отношенію къ объэкту оба вида также не представляютъ никакого различія, такъ какъ таковымъ могутъ быть одинаково и движимыя и недвижимыя вещи; впрочемъ pignus возможенъ только по отношенію къ вещамъ, а hypotheca и по отношенію къ правамъ.

То же самое видимъ мы и въ дѣйствующемъ правѣ. Дальнѣйшее развитіе закладнаго права относится уже къ матеріальному обезпеченію вѣрителей посредствомъ ипотечныхъ книгъ

и тому подобныхъ установленій. Поэтому само по себѣ и независимо отъ нѣкоторыхъ другихъ видоизмѣненій, не находящихся ни въ какой *существенной* связи съ институтомъ залога, закладное право потерпѣло лишь нѣкоторыя измѣненія относительно его возникновенія и относительно нѣкоторыхъ послѣдствій, связанныхъ съ тѣмъ или другимъ способомъ возникновенія этого права (см. ниже). Въ новѣйшее время со всѣхъ сторонъ былъ обсуждаемъ вопросъ: дѣйствительно-ли закладное право есть право *вещное* [1]). Вопросъ этотъ можетъ имѣть мѣсто лишь по отношенію къ (главному и нормальному) случаю, когда объэктомъ закладнаго права является вещь, но, конечно, не тогда, когда такимъ объэктомъ являются права и когда вѣрителю достаются или самыя заложенныя права, или же ихъ осуществленіе. При залогѣ вещей содержаніе закладнаго права первоначально зависѣло отъ способа совершенія залога; отношеніе вѣрителя къ вещи могло представлять: detentio, юридическое владѣніе, право собственности и наконецъ какое-либо jus in re. По юстиніановскому праву всѣ случаи залога вещи представляютъ собою всегда jus in re.

Сомнѣніе въ томъ, что закладное право въ тѣхъ случаяхъ, когда объэктомъ его служитъ вещь, имѣетъ характеръ вещнаго права, до сихъ поръ не имѣло никакого практическаго результата; поэтому можно было бы пожалуй считать этотъ вопросъ не имѣющимъ значенія; но всякое заблужденіе опасно, такъ какъ оно можетъ незамѣтно распространиться настолько, что вполнѣ затемнитъ истину. Основанія, на которыя ссылаются въ подтвержденіе воззрѣній, отрицающихъ вещный характеръ закладнаго права, представляются отчасти отрицательными (причемъ опровергается свойство его какъ jus in re), частью же положительными (доказывается обязательственный характеръ этого права).

Одинъ юристъ весьма наивно утверждаетъ, что вообще нѣтъ никакихъ вещныхъ правъ, въ этомъ случаѣ и закладное право не можетъ, конечно, быть правомъ вещнымъ. Это заявленіе юриста тѣмъ болѣе смѣшно, что онъ самъ опредѣляетъ закладное право—какъ вещное обязательственное право (dingliches Forderungsrecht); намъ кажется, что если нѣтъ вовсе

---

[1]) Это свойство закладнаго права главнымъ образомъ оспаривали Бюхель, ueber die Natur des Pfandrechts, 1833 г., и Мюленбрухъ, Lehrbuch des Pand. Rechts § 303 Защитниками вещнаго характера закладнаго права были Лангъ, Archiv f. civ. Praxis, XXIII. 14, 1846 г., Келлеръ, Pand. § 190, Дернбургъ, das Pfandrecht nach den Grundsaetzen des heut. roem. Rechts, т. I, стр. 140, и Виндшейдъ, cit. § 224, прим. 8. Изъ Пандектъ.

вещныхъ правъ, то не можетъ быть и правъ вещно—обязательственныхъ. Другіе юристы ссылались на то, что jus in re есть отдѣленная составная часть права собственности, тогда какъ закладное право не имѣетъ такого свойства. Но, по нашему мнѣнію, содержаніе закладнаго права составляетъ право продажи заложенной вещи, а это послѣднее есть, безъ сомнѣнія, отдѣльный элементъ права собственности. Правильность нашего взгляда подтверждается тѣмъ обстоятельствомъ, что по древнему праву, для предоставленія кредитору права продать заложенную вещь, необходимо было сдѣлать его сначала собственникомъ ея. Въ опроверженіе этого ссылались (Вангеровъ) на то, что хотя право продажи вещи и составляетъ элементъ права собственности, однако этотъ элементъ еще не отдѣленъ, такъ какъ это право принадлежитъ также еще и собственнику вещи. Это возраженіе есть не болѣе какъ неправильное представленіе понятія отдѣленія элемента права собственности. На основаніи его и реальные сервитуты нельзя было бы признать за jura in re. Собственникъ ходитъ, ѣздитъ и пр. по своей землѣ salvo jure itineris etc; точно также онъ продаетъ вещь salvo jure pignoris.

Положительныя основанія, приводимыя въ опроверженіе разсматриваемаго мнѣнія, коренятся главнымъ образомъ въ наименованіи залога терминомъ obligatio rei. Такая аргументація, не обращающая вниманія на то, что извѣстный терминъ можетъ имѣть не всегда одинаковое значеніе (напр. dominium ususfructus, или у глоссаторовъ longa consuetudo—longum tempus), представляется самымъ элементарнымъ научнымъ пріемомъ, не стоющимъ опроверженія [1]). Затѣмъ, въ подтвержденіе того же мнѣнія, указывали на то, что закладное право по древнѣйшему законодательству не могло быть пріобрѣтаемо посредствомъ свободныхъ представителей; имѣя въ виду, что та же невозможность встрѣчается въ obligationes, заключали, что и закладное право есть право обязательственное; наконецъ, ссылались на то, что закладное право возникаетъ посредствомъ договора (рядомъ такихъ аргументовъ можно было

---

[1]) Этому соотвѣтствуютъ понятія servitus и libertas въ сервитутахъ. Названіе obligatio не совсѣмъ подходящее; оно въ новѣйшемъ правѣ имѣетъ весьма близкое отношеніе къ понятію поручительства, въ древнѣйшемъ же правѣ—къ nexus pignoris, къ fiducia. Obligatio (rei) противопоставляется собственно понятію obligatio personae (L. 11, L. 5. §. 2. D. q. m. p. (20,1)—лишь поэты отождествляютъ оба понятія—Martial. 12, 23) и внѣ области юриспруденціи употребляется для обозначенія всякаго ограниченія вещи. См. Schriften der roem Feldmesser I, 116, 181, 198, 365., II, 238.

Прим. изд.

бы пожалуй доказать что pignus есть бракъ), что владѣніе закладнымъ правомъ невозможно и т. д.

Всѣми этими аргументами намъ хотятъ навязать то нелѣпое правило, что вещь является должницею въ закладномъ правѣ, что всякая заложенная вещь есть лицо; насъ хотятъ заставить признать совершенно не римское понятіе вещнаго обязательства!

Въ дѣйствительности же нѣтъ ни одного законоположенія, которое бы стояло въ разрѣзъ и не могло бы быть согласовано съ свойствомъ закладнаго права, какъ извѣстнаго jus in re [1]); напротивъ того, оно совершенно ясно опредѣляется какъ jus in re [2]). При такихъ условіяхъ весьма неразумно искать для закладнаго права какихъ либо иныхъ представленій [3]).

II. Условія закладнаго права.

А. Обязательство.

§ 194.

Закладное право предполагаетъ существованіе обязательства, въ которому оно находится въ отношеніи акцессіи. Если обязательство условное, то и закладное право стоитъ въ зависимости отъ того же условія.

Обязательство это можетъ быть неисковымъ (naturalis obligatio); это нисколько не препятствуетъ дѣйствительности закладнаго права, все равно—было ли обязательство неисковымъ съ самаго начала, или же оно сдѣлалось таковымъ впослѣдствіи [4]).

---

[1]) Но есть довольно много законовъ, не подходящихъ къ извѣстному jus ad rem, напр. in rem actio; поэтому-то причисленіе закладнаго права къ обязательствамъ (какъ это напр. встрѣчается у Арндтсъ, Lerhb. der Pandekten, 1852 г §. 364) не можетъ считаться правильною систематизаціею римскаго права. *Прим. изд.*

[2]) Ср. L. 19. pr. D. de damno. inf. (39,2): Eorum, qui bona fide absunt, in stipulatione damni infecti jus non corrumpitur, si reversis cavendi ex bono et aequo potestas datur, sive domini sint, sive aliquid in ea re jus habeant, qualis est creditor et fructuarius et superficiarius.

[3]) Въ новѣйшее время стремились опредѣлить свойства закладнаго права на основаніи связанныхъ съ этимъ правомъ исковъ; до крайнихъ предѣловъ въ этомъ отношеніи дошелъ Бахофенъ, Roem. Pfandrecht, 1871 г., который отожествляетъ закладное право съ искомъ по оному, вслѣдствіе чего возникаетъ необходимость признанія иска безъ всякой основы. *Прим. изд.*

[4]) L. 5. pr. D. de pign. (20,1): Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione, sive mutua pecunia datur, sive dos, sive emtio vel venditio contrahatur, vel etiam locatio et conductio, vel mandatum, et

Нѣсколько иное правило, высказанное въ L. 2. D. quae res pigni [1]), имѣетъ совершенно особыя основанія: filius familias совершилъ вопреки S. L. Macedonianum заемъ, третье лицо обезпечило этотъ заемъ залогомъ своихъ вещей; это послѣднее, для защиты себя противъ actio hypothecaria, имѣетъ exceptio S. C. Macedoniani (въ качествѣ поручителя), но не потому, что въ данномъ случаѣ существуетъ naturalis obligatio, а потому, что оно можетъ, какъ поручитель, предъявить обратное требованіе къ означенному filiusfamilias. По этому цитированное законоположеніе ошибочно выставлялось въ подтвержденіе того мнѣнія, что при неисковомъ обязательствѣ умаляется дѣйствительность закладнаго права; напротивъ, это законоположеніе содержитъ въ себѣ мысль совершенно противоположную.

Обязательство должно принадлежать тому лицу, которое является субъэктомъ; такъ, можно пріобрѣсть закладное право лишь для обезпеченія *своего собственнаго* обязательства; но свою вещь можно заложить для обезпеченія чужаго обязательства; залогодатель и должникъ обыкновенно составляютъ одно и то же лицо, хотя это не безусловно необходимо.

B. Объэктъ закладнаго права.

§ 195.

Закладное право не можетъ существовать безъ объэкта, подвергнутаго закладу. Посредствомъ ипотеки число объэктовъ закладнаго права значительно увеличилось: все, что могло быть продаваемо, могло быть и закладываемо, хотя бы предметъ, отдаваемый извѣстному лицу въ залогъ, не могъ быть имъ пріобрѣтенъ въ собственность.

Не только отдѣльныя вещи могутъ быть закладываемы, но объэктомъ закладнаго права могутъ быть и цѣлыя univer-

---

sive pura est obligatio, vel in diem, vel sub conditione, et sive in praesenti contractu, sive etiam praecedat. Sed et futurae obligationis nomine dari possunt, sed et non solvendae omnis pecuniae causa, verum etiam de parte ejus, et vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali. Sed et in conditionali obligatione non alias obligantur, nisi conditio exstiterit.

[1]) L. 2. D. quae res pign. (20,3): Si alius pro muliere, quae intercessit, dederit hypothecam, aut pro filiofamilias, cui contra senatusconsultum creditum est, an his succurritur, quaeritur. Et in eo quidem, qui pro muliere obligavit rem suam, facilius dicetur, succurri ei, sicuti fidejussori hujus mulieris eadem datur exceptio. Sed et in eo, qui pro filiofamilias rem suam obligavit, eadem dicenda erunt, quae tractantur et in fidejussore ejus.

sitates rerum. Объэктомъ является не только каждая отдѣльная вещь, входящая въ составъ universitas, но и вся universitas вообще; поэтому—не только тѣ вещи, которыя были на лицо въ моментъ совершенія залога, но и которыя присоединятся къ universitas впослѣдствіи. Закладываемы могутъ быть также и будущія вещи, (res futurae, имѣющія возникнуть въ будущемъ, а не только подлежащія пріобрѣтенію). Если вещь, имѣющая произвести плоды, находится in bonis залогопринимателя, т. е. если онъ на нее имѣетъ такое право, въ силу котораго онъ пріобрѣтаетъ плоды этой вещи, то существуетъ извѣстное закладное право и на ожидаемыя въ будущемъ плоды такой вещи; эти плоды могутъ быть также продаваемы. Закладное право на res futura, при появленіи ея въ дѣйствительности, обращается въ право на существующую, уже заложенную вещь.

Что касается правъ, то объэктомъ залога являются прежде всего отчуждаемыя права: superficies и emphyteusis, которыя могутъ быть закладываемы субъэктами ихъ (суперфиціаріемъ и эмфитевтомъ) или же собственникомъ вещи, который установляетъ на ней закладное право въ пользу кредитора—на случай продажи вещи. Кромѣ того могутъ быть закладываемы обязательства (nomen pignoris datum); въ послѣднемъ случаѣ представляется цессія обязательства для обезпеченія залогопринимателя,—см. ниже; при передачѣ ему долговаго документа возникаетъ и залогъ этого послѣдняго. Наконецъ можетъ быть заложено даже извѣстное закладное право, subpignus.

Залогъ сервитута слѣдуетъ понимать такъ: вѣритель пріобрѣтаетъ право продать извѣстный сервитутъ, который имѣетъ еще быть установленнымъ, но въ моментъ совершенія залога еще не существуетъ. Въ сущности объэктомъ закладнаго права здѣсь также является вещь, лишь право продажи ея ограничено однимъ означеннымъ элементомъ. Залогъ сервитута въ собственномъ смыслѣ (т. е. сервитута существующаго) невозможенъ, такъ какъ ни самое право на сервитутъ, ни даже осуществленіе этого права—не подлежатъ отчужденію. Отступленія отъ этого общаго правила встрѣчаются:

1) При ususfructus, который можетъ быть закладываемъ a) самимъ узуфруктуаріемъ и b) собственникомъ вещи (посредствомъ предоставленія его кредитору, который будетъ впослѣдствіи имѣть право продать осуществленіе узуфрукта).

2) При servitutes praediorum rusticorum—на основаніи особеннаго закона. Эти сервитуты могутъ быть предоставляемы кредитору, если онъ имѣетъ vicinum praedium, съ правомъ продажи сервитута кому-либо изъ сосѣдей, vicinus. (Вѣроят-

но, это слѣдуетъ сказать о fiducia, mancipatio, такъ какъ означенные сервитуты были res mancipi [1]).

Указанные объэкты могутъ быть закладываемы не только *спеціально*, но и *коллективно;* на этомъ основывается подраздѣленіе на obligatio specialis и generalis, спеціальный и коллективный залогъ. Предметъ слѣдуетъ считать спеціально заложеннымъ, когда онъ при залогѣ точно и спеціально обозначенъ; при коллективномъ, родовомъ залогѣ объэктъ обозначается по родовымъ или другимъ общимъ признакамъ, напр. я закладываю всѣ invecta et illata, все имущество (т. е. всѣ предметы, входящія въ составъ имущества). Залогъ каждой universitasrerum является спеціальнымъ и коллективнмъ одновременно. Означенное дѣленіе залога повело къ другому подраздѣленію, которое нерѣдко смѣшивалось съ первымъ, именно къ подраздѣленію самаго закладнаго права на спеціальное и коллективное. О значеніи этихъ двухъ понятій было множество споровъ. Нѣкоторые называли коллективнымъ закладнымъ правомъ—право на цѣлое имущество, другіе—право, не ограничивающееся однимъ какимъ-либо предметомъ. Это подраздѣленіе совершенно безсмысленно, такъ какъ опредѣлительныя слова „спеціальный и коллективный" отнюдь не могутъ относиться къ закладному праву (вѣдь нельзя назвать право собственности коллективнымъ или родовымъ, когда извѣстное лицо пріобрѣтаетъ въ собственность нѣсколько разныхъ вещей).

III. Возникновеніе закладнаго права.

§ 196.

Закладное право есть акцессія обязательства, съ которымъ его бытіе находится въ существенной связи. Оно не можетъ быть отдѣлено отъ одного обязательства и перенесено на другое, хотя бы и принадлежащее тому же самому лицу (кредитору). Лишь съ переходомъ обязательства къ другому лицу, къ нему же и переходитъ закладное право, напр. къ successor uni-

---

[1]) Слова, помѣщенныя авторомъ въ скобкахъ, должны, вѣроятно, быть опущены, такъ какъ 1) здѣсь на самомъ дѣлѣ и нельзя думать о fiducia и mancipatio потому, что сервитутъ залогодателя не могъ бы переноситься на другое лицо, и 2) что здѣсь вовсе нѣтъ и рѣчи о mancipatio сервитута въ пользу кредитора; означенное правило скорѣе находится въ зависимости отъ интердиктнаго охраненія, котораго лишены servitutes praediorum urbanorum, но которое предоставлено сервитутамъ praediorum rusticorum.

Прим. изд.

versalis, къ цессіонарію. Здѣсь не происходитъ однако смѣны субъэктовъ, такъ какъ субъэктомъ закладнаго права будетъ то лицо, которому приходится осуществлять данное обязательство. Поэтому пріобрѣтеніе закладнаго права обусловливается всегда, кромѣ случая вступленія въ существующее уже обязательство, возникновеніемъ извѣстной obligatio, а не преемствомъ по отношенію къ наличному закладному праву (случаи, когда повидимому совершается такая successio, представляются простымъ вступленіемъ въ существующее обязательство).

Способы возникновенія закладнаго права сводятся къ слѣдующимъ тремъ главнымъ видамъ:

1) Установленіе его посредствомъ частной воли—со стороны того лица, которому принадлежитъ закладываемый предметъ.

2) Установленіе его судьею, независимо отъ воли должника, и даже, пожалуй, противъ воли его.

3) Молчаливое возникновеніе закладнаго права—въ силу положительнаго закона, связующаго съ извѣстнаго рода обязательствомъ закладное право на данный объэктъ,—помимо какого то ни было акта установленія, pignus tacite contrahitur (чего не должно смѣшивать съ молчаливымъ *установленіемъ* его), pignus tacitum, pignus legale. Возникать такимъ образомъ можетъ только hypotheca, собственно pignus требуетъ дѣйствительнаго установленія и такого акта, которымъ пріобрѣтается владѣніе закладываемою вещью.

Послѣдніе два вида закладнаго права обыкновенно называются однимъ общимъ именемъ pignus necessarium, тогда какъ первый носитъ названіе pignus voluntarium.

Римскіе принципы, опредѣляющіе способы возникновенія закладнаго права, подвергались въ Германіи весьма частымъ измѣненіямъ, главнымъ образомъ по отношенію къ недвижимымъ вещамъ; измѣненія эти имѣли преимущественно въ виду фактическое обезпеченіе закладнаго права. Обезпеченіе кредитора основывается на томъ, a) что залогодатель есть собственникъ вещи и потому управомоченъ на ея залогъ; b) что продажная цѣна вещи можетъ покрыть обязательство, причемъ кредитору весьма важно знать о тѣхъ тягостяхъ, которыя могутъ повліять на цѣну вещи, и c) что на вещи нѣтъ прежнихъ закладныхъ правъ, которыя, по ихъ удовлетвореніи, могли бы поглотить всю стоимость вещи и не оставить ничего для удовлетворенія послѣдняго вѣрителя. Такая многочисленность закладныхъ правъ на одну и туже вещь не могла имѣть мѣста ни при fiducia—когда собственникомъ вещи могло сдѣлаться лишь одно лицо, ни при залогѣ, сопряженномъ съ владѣніемъ вещью, а стала возможною лишь при hypotheca. Эта-та возможность и

представляетъ собою невыгодную сторону ипотечнаго залога. Ипотека съ одной стороны расширила кредитъ и способы его установленія, за то съ другой — она подорвала прочность института залога. Противъ такой опасности римское право не представляло никакихъ достаточныхъ гарантій. Оно предоставило извѣстныя привилегіи нѣкоторымъ залогопринимателямъ; но и этотъ порядокъ послужилъ также въ ущербъ институту залога,—такъ какъ самый осторожный кредиторъ не могъ быть увѣренъ въ томъ, что не явится какое-либо привилегированное лицо и не пріобрѣтетъ извѣстное закладное права на ту же вещь. Возможность знать о всѣхъ ипотекахъ, лежащихъ въ данное время на вещи, затрудняется существованіемъ такъ называемой *законной* ипотеки. Римское постановленіе, по которому всякій залогодатель обязанъ объявить кредитору о всѣхъ ипотекахъ, лежащихъ на вещи, въ противномъ случаѣ онъ считается мошенникомъ, не только само по себѣ не представляетъ никакой существенной гарантіи, но можетъ быть даже парализовано невѣдѣніемъ должника о существованіи такой ипотеки, которая установлена лицомъ, имѣвшимъ до него право собственности на вещь. [Въ Аттикѣ существовалъ самый простой способъ обозначенія ипотеки: въ каждомъ земельномъ участкѣ выставлялась дощечка, на которую и записывались всѣ закладныя права на данный участокъ].

Съ цѣлью увеличить фактическую обезпеченность ипотеки и уменьшить невыгоды ея, были испытаны различныя средства. Такъ, сначала была введена болѣе удобопознаваемая форма совершенія заклада недвижимости—при содѣйствіи судьи, затѣмъ старались пособить дѣлу посредствомъ уничтоженія законной ипотеки. Наконецъ, были введены особыя ипотечныя книги, посредствомъ которыхъ означенная цѣль достигается всего лучше, хотя и не безъ значительныхъ матеріальныхъ жертвъ. Институтъ ипотечныхъ книгъ основывается на принципѣ публичности и спеціальности ипотеки надъ недвижимыми вещами. По отношенію къ нимъ примѣняются слѣдующія четыре основныя правила.

1) Право совершить закладъ недвижимости (подъ условіемъ общей дѣеспособности) имѣетъ то лицо, которое въ ипотечныхъ книгахъ значится собственникомъ ея.

2) Дѣйствительны только тѣ ипотеки, которыя значатся въ ипотечной книгѣ. То же самое должно сказать и относительно всякихъ другихъ тягостей, лежащихъ на вещи (напр. относительно установленія узуфрукта или какого-либо другаго сервитута). Этимъ правиломъ отмѣнены всѣ законныя ипотеки, особенно размножившіяся въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ, а равно и

всѣ привиллегіи, такъ какъ всѣ вопросы, возникающіе изъ ипотеки, стали разрѣшаться по времени внесенія ея въ ипотечную книгу.

3) Обязательство, обезпеченное залогомъ, должно по возможности опредѣляться *извѣстною* суммою.

4) Ипотека должна всегда имѣть *опредѣленный* предметъ; этимъ правиломъ отмѣненъ коллективный залогъ, который, вслѣдствіе неумѣреннаго примѣненія въ римскомъ правѣ, причинилъ много зла.

Первыя два правила удовлетворяютъ принципу публичности, послѣднія два—принципу спеціальности. Способъ возникновенія закладнаго права—по общему праву, при существованіи института ипотечныхъ книгъ, можетъ только уполномочить лицо требовать внесенія пріобрѣтаемаго права въ книгу, но отнюдь не обусловливаетъ непосредственнаго пріобрѣтенія самаго права.

А. Установленіе закладнаго права по волѣ частныхъ лицъ.

§ 197.

Закладное право можетъ быть установляемо посредствомъ договора (Conventionalpfandrecht) или завѣщательнаго распоряженія (testamentarisches Pfandrecht). Объ этомъ послѣднемъ способѣ возникновенія будетъ сказано въ ученіи о наслѣдственномъ правѣ. Для установленія закладнаго права, по общему праву (gemeinrechtlich), не предписано никакой особой формы (поэтому оно возможно и tacite). Но посредствомъ pactum возникаетъ лишь ипотека, т. е. закладъ недвижимости, залогъ же движимости требуетъ непремѣнно такъ-называемаго contractus pigneraticius (см. § 320). Установленіе закладнаго права находится въ зависимости отъ слѣдующихъ двухъ условій: 1) отъ извѣстнаго управомоченія установителя, и 2) отъ права распоряженія. Первое изъ этихъ условій требуетъ болѣе подробнаго разсмотрѣнія.

Отдача кѣмъ-либо въ залогъ чужой вещи не установляетъ никакого закладнаго права. Лицо, имѣющее вмѣстѣ съ другими лицами право общей собственности на одну и туже вещь, можетъ закладывать только принадлежащую ему долю вещи. (Право залогопринимателя въ томъ случаѣ, если онъ докажетъ хотя бы только possessio ad usucapionem залогодателя, охраняется посредствомъ actio Publiciana; точно также охраняется и право лица, купившаго у него заложенную вещь).

Если заложены res futurae, то возникновеніе закладнаго права на нихъ предполагаетъ не только дѣйствительное послѣдующее бытіе ихъ, но и обращеніе ихъ въ собственность залогодателя. Поэтому, если заложены плоды отъ извѣстнаго земельнаго участка, который находится во власти добросовѣстнаго владѣльца, то въ такомъ случаѣ закладное право не возникаетъ (такъ какъ плоды пріобрѣтаются самимъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ). Если вмѣстѣ съ плодами заложенъ и самый земельный участокъ, то посредствомъ actio hypothecaria можно требовать и присужденія плодовъ (такъ же, какъ и при rei vindicatio); но такое присужденіе можетъ и не имѣть мѣста—въ случаѣ потребленія плодовъ bonae fidei possessor'омъ [1]).

Залогодатель долженъ обладать вещью in bonis ко времени отдачи ея въ залогъ. Это основное правило допускаетъ слѣдующія отступленія: 1) оно примѣняется лишь къ спеціальному, а не коллективному залогу; 2) возможенъ спеціальный залогъ *чужой* вещи, подъ условіемъ послѣдующаго ея пріобрѣтенія; 3) если закладываемая вещь должна была принадлежать залогодателю ко времени совершенія имъ залога (хотя въ дѣйствительности еще не принадлежала), то залогъ во всякомъ случаѣ дѣйствителенъ, такъ какъ сначала представляется заложеннымъ извѣстное право требовать вещь, переходящее, съ пріобрѣтеніемъ ея, въ закладное право на самую вещь.

Недостатокъ права собственности, встрѣчающійся у залогодателя, восполняется согласіемъ собственника вещи на ея залогъ. (Такое согласіе должно признать существующимъ tacite, если онъ завѣдомо допустилъ залогъ своей вещи такому лицу, которое не знало, что вещь не принадлежитъ залогодателю, иначе пришлось бы признать его соучастникомъ въ dolus). Такое же послѣдствіе имѣетъ и послѣдующее согласіе собственника оставить ее въ залогѣ—въ обезпеченіе обязательства заложившаго ее несобственника.

Полное укрѣпленіе (Convalescenz) залога чужой вещи происходитъ вслѣдствіе пріобрѣтенія залогодателемъ на нее права собственности. Въ этомъ случаѣ вѣритель получаетъ utilis actio hypothecaria. Послѣдняя имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда вѣрителю предоставлена replicatio doli противъ возраженія, будто залогодатель не былъ собственникомъ вещи. Та-

---

[1]) L. 1. §. 2. D. de pign. (20,1): Cum prædium pignori daretur, nominatim, ut fructus quoque pignori essent, convenit. Eos consumtos bona fide emtor utili Serviana restituere non cogetur. Pignoris etenim causam nec usucapione perimi placuit, quoniam quæstio pignoris ab intentione dominii separatur, quod in fructibus dissimile est, qui nunquam debitoris fuerunt.

кого укрѣпленія не послѣдуетъ, если залогоприниматель зналъ о томъ, что залогодатель не былъ собственникомъ заложенной вещи (за исключеніемъ впрочемъ условія послѣдующаго пріобрѣтенія этой вещи въ собственность, см. выше п. 2). Тогда вѣрителю предоставляется retentio, а не искъ [1]). Въ заключеніе укажемъ отдѣльные случаи конвалесценціи залога.

1) По отношенію къ самому залогодателю, сдѣлавшемуся въ послѣдствіи собственникомъ заложенной вещи.

2) По отношенію къ третьему лицу — владѣльцу, производящему свое право отъ того же втораго лица — несобственника (напр. А. заложилъ чужую вещь и въ послѣдствіи продалъ ее). Другое дѣло, когда третье лицо—владѣлецъ—bona fide пріобрѣло свое право отъ залогодателя уже послѣ того, какъ этотъ послѣдній сдѣлался собственникомъ вещи. (Въ этомъ случаѣ залогоприниматель не можетъ воспользоваться упомянутою utilis hypothecaria actio: такъ онъ не можетъ противопоставить replicatio doli возраженію, будто залогодатель не былъ собственникомъ вещи).

3) По отношенію къ собственнику вещи, сдѣлавшемуся наслѣдникомъ залогодателя, если притомъ онъ отвѣчаетъ за существованіе закладнаго права. Этого послѣдняго условія можетъ и не быть, напр когда залогодатель не гарантировалъ своего права собственности; поэтому нельзя считать этотъ случай тождественнымъ со случаемъ указаннымъ въ 1-й рубрикѣ. Это очевидно изъ L. 41. D. de pign. act. [2]), гдѣ слова sed si convenisset de pignore означаютъ: если отвѣтчикъ есть то же самое лицо, которое установило закладное право [3]).

---

[1]) L. 1. pr. D. de pign. (20, 1): Conventio generalis in pignori dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est, in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quaesito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienam, utilis actio dabitur, sed facilior erit possidenti retentio. (Эта retentio осуществляется, впрочемъ, не посредствомъ exceptio doli, а посредствомъ владѣльческихъ способовъ охраненія).

[2]) L. 41. D. de pign. act. (13, 7): Rem alienam, pignori dedisti, deinde dominus rei ejus esse cœpisti, datur utilis actio pigneraticia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres exstitero, hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori. Neque utique sufficit ad competendam utilem pigneraticiam actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur. (Paul.)

[3]) Ср. пр. XVIII.

B. Установленіе закладнаго права судомъ.

§ 198.

Закладное право [1]) можетъ возникнуть: 1) вслѣдствіе adjudicatio по иску о раздѣлѣ, когда судья присуждаетъ одно лицо къ уплатѣ другому, имѣвшему съ нимъ право на одну и ту же вещь, извѣстной суммы и въ обезпеченіе допускаетъ закладное право на вещь, которая имъ присуждена другому, 2) вслѣдствіе судебнаго совершенія залога—ради приведенія въ исполненіе состоявшагося уже судебнаго рѣшенія, pignus in causa judicati captum; закладное право возникаетъ лишь при дѣйствительномъ совершеніи залога на судѣ, и 3) вслѣдствіе missio in possessionem; подъ этимъ именемъ разумѣется такое судебное опредѣленіе, которымъ лицу предоставляется владѣніе одною вещью или цѣлою совокупностью имущественныхъ цѣнностей другаго лица—съ цѣлью обезпечить права, принадлежащія первому. По общему правилу missus получаетъ только естественное, фактическое владѣніе (pignus praetorium), и лишь въ одномъ случаѣ (см. § 494) послѣдствіемъ этой missio in possessinem является право собственности. Закладное право на имущество должника возникаетъ лишь послѣ дѣйствительнаго вступленія во владѣніе даннымъ имуществомъ, а не тотчасъ по изданіи декрета, предоставляющаго такое владѣніе.

C. Возникновеніе закладнаго права въ силу положительнаго закона.

§ 199—201 [1]).

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ закладное право возникаетъ ipso jure, лишь бы общія условія возникновенія (обязательство и объэктъ) были на лицо (такъ назыв. молчаливое, законное закладное право), — вслѣдствіе того, что законъ соединяетъ съ нѣкоторыми обязательствами извѣстное закладное право на всѣ или на нѣкоторыя вещи должника. Впрочемъ такимъ образомъ могутъ возникать только ипотеки, залогъ же движимыхъ вещей предполагаетъ непремѣнно владѣніе, а оно не можетъ пріобрѣтаться ipso jure [2]).

---

[1]) Изъ Пандектъ.

[2]) Нѣкоторые юристы насчитывали чрезвычайно много случаевъ возникновенія такого закладнаго права; это произошло отъ того, что они каждый

Закладное право на всѣ недвижимыя имущества лица имѣютъ:

1) Fiscus—по всѣмъ обязательствамъ вообще: fiscus semper habet jus pignoris; въ частности же оно принадлежитъ казнѣ a) въ виду всѣхъ податей и налоговъ, b) въ виду всѣхъ вообще платежей и обязательствъ съ казною, куда безъ сомнѣнія относятся взысканія съ ея чиновниковъ. Но такого права казна не имѣетъ при уголовныхъ взысканіяхъ (poenae fiscales). Право, подобное праву казны, принадлежитъ правителю и его супругѣ. Практика предоставляетъ такое закладное право и городамъ—ради обезпеченія городскихъ доходовъ и на случай взысканій съ лицъ, завѣдывавшихъ городскимъ управленіемъ,—за упущенія по службѣ [1]).

2) Опекаемые—по отношенію къ имуществу опекуновъ — въ виду обезпеченія обязательствъ этихъ послѣднихъ по опекѣ: въ частности pupilli, несовершеннолѣтніе и furiosi. Въ случаѣ вторичнаго брака матери до полнаго отчета по опекѣ и возвращенія всѣхъ находившихся въ ея завѣдыванія цѣнностей, такое закладное право существуетъ и по отношенію къ имуществу отчима. Вопросъ о томъ, имѣютъ ли другія, состоящія подъ опекою лица, кромѣ вышеуказанныхъ, такое же pignus legale,—представляется спорнымъ. Вопросъ же о томъ, существуетъ ли законное закладное право на имущество protutor'a т. е. лица, дѣйствующаго въ качествѣ опекуна, не будучи имъ на самомъ дѣлѣ, долженъ быть разрѣшенъ утвердительно, такъ какъ здѣсь представляется большая, чѣмъ гдѣ либо, необходимость гарантіи опекаемыхъ отъ недобросовѣстнаго управленія ихъ имуществомъ.

3) Дѣти—по отношенію къ имуществу родителей—въ виду того, что имъ по закону представлено управленіе и пользованіе имуществомъ дѣтей; въ частности такое закладное право существуетъ: a) по отношенію къ имуществу отца,—ради охраненія имущества дѣтей, доставшагося ему отъ матери или отъ восходящихъ родственниковъ съ материнской стороны; b) по отношенію къ имуществу вступающаго во второй бракъ родителя—ради тѣхъ имѣній, которыя должны достаться дѣтямъ отъ пер-

---

отдѣльный примѣръ закладнаго права, встрѣчаемый въ источникахъ, считали за pignus legale, отчасти же и отъ того, что они распространяли прямо указанные въ законѣ случаи — на случаи аналогическіе. Какъ то, такъ и другое не можетъ быть оправдано, такъ какъ множество существующихъ въ римскомъ правѣ законныхъ ипотекъ представляется настоящимъ зломъ, и такъ какъ изъ числа ихъ есть много такихъ, къ установленію которыхъ законодателю не представлялось достаточныхъ основаній. Изъ Пандектъ.

[1]) Glueck. Comment. XIX. стр. 83. Ср. L. 2. C. de debit. civ. (11,32).

ваго брака; означенное закладное право должно быть признано существующимъ не только ко времени заключенія втораго брака, но ко времени пріобрѣтенія вещей упомянутымъ parens binubus.

4) Жена (по Nov. 109 только правовѣрная)—по отношенію къ имуществу мужа: a) ради приданаго, которое онъ обязанъ возвратить. Относительно res exstantes она, по своему произволу, можетъ воспользоваться своимъ правомъ на обязательное по закону возвращеніе ей этихъ res, или отказаться отъ этого права (§ 142); въ послѣднемъ случаѣ и эти res подлежатъ законному закладному праву. Впрочемъ такого рода законное право связано только съ искомъ о приданомъ и не принадлежитъ такому лицу, которое, установляя приданое, особо условилось о возвращеніи ему этого приданаго и имѣетъ право на искъ только въ силу такого уговора; b) ради наличныхъ капиталовъ, составляющихъ собственное имущество жены и порученныхъ управленію мужа—въ случаѣ, если послѣдній ихъ себѣ присвоиваетъ. Практика распространяетъ это правило на всякое собственное имущество жены, находящееся въ управленіи мужа,—parpaherna, и c) ради установленной для нея donatio propter nuptias.

5) Мужъ—ради установленнаго приданаго—по отношенію къ имуществу того лица, которое обязалось выдать это приданое.

6) Тотъ, которому достается наслѣдство, завѣщанное подъ условіемъ невступленія въ новый бракъ такому другому лицу, которое этого условія не выполнило, пріобрѣтаетъ законное закладное право на имущество этого лица,—ради обязанности послѣдняго возвратить завѣщанное имущество.

7) Церковь—по отношенію къ имуществу своего эмфитевта—на случай порчи эмфитевзиса.

Законное закладное право, простирающееся не на все имущество должника, имѣютъ:

1) Тотъ, кто ссудилъ деньги на возобновленіе разрушеннаго строенія (а не на обыкновенную его поправку) хозяину строенія или завѣдующему по порученію послѣдняго этимъ возобновленіемъ (conductor operis),—ради права обращенія взысканія ссуженныхъ денегъ на возстановленное строеніе. Такъ какъ закладному праву необходимъ какой либо объэктъ, то деньги должны быть съ этою цѣлью выданы и приняты, и постройка должна быть выполнена. По окончаніи постройки закладное право не ограничивается одною superficies, но распространяется и на землю подъ строеніемъ, если строитель есть вмѣстѣ съ тѣмъ и собственникъ этой земли, а не лишь ея superficiarius. При этомъ во всякомъ случаѣ необходимо, чтобы выданное въ ссуду было истрачено, по ссуженное признается потрачен-

нымъ и тогда, когда взявшій ссуду производилъ постройку изъ собственныхъ средствъ, увеличенныхъ ссуженною суммою; трата тѣхъ же денежныхъ знаковъ, которыя даны въ ссуду, конечно, не есть необходимость. Но законное закладное право не возникло бы въ томъ случаѣ, когда въ послѣдствіи кто либо другой возвелъ строеніе animo donandi для хозяина онаго.

2) Малолѣтніе pupilli и несовершеннолѣтніе—по отношенію къ вещамъ, купленнымъ кѣмъ либо на ихъ деньги, но не для нихъ,—ради возмѣщенія этихъ денегъ—въ томъ случаѣ, если они предпочитаютъ деньги праву собственности на эти вещи (§ 149).

3) Отдавшій въ аренду praedium rusticum (т. е. въ данномъ случаѣ—земельный участокъ предназначенный для плодоводства),—по отношенію къ плодамъ, выращеннымъ на немъ самимъ арендаторомъ или его преемникомъ въ арендѣ (Afterpaechter),—ради тѣхъ требованій, которыя могутъ возникнуть изъ арендного договора. Но законнаго закладнаго права не будетъ имѣть собственникъ арендуемой земли по отношенію къ invecta и illata арендатора; поэтому такое право можетъ быть пріобрѣтено имъ посредствомъ особаго установленія.

4) Отдавшій внаймы praedium urbanum,—по отношенію къ invecta и illata нанимателя т. е. къ вещамъ, принадлежащимъ нанимателю, которыя послѣдній внесъ въ земельный участокъ или въ домъ, ut ibi sint (посредствомъ которыхъ происходитъ пользованіе этимъ praedium),—ради тѣхъ требованій, которыя возникаютъ изъ договора найма. Если наниматель отдалъ имущество отъ себя внаймы, то invecta и illata его преемника подлежатъ законному закладному праву не перваго нанимателя, а втораго, право котораго въ свою очередь подлежитъ законному закладному праву перваго нанимателя (subpignus). Различіе этого вида законнаго закладнаго права съ указаннымъ въ 3 рубрикѣ, вытекаетъ изъ различія объэктовъ того и другаго.

5) Легатаріи (а также универсальные фидеикомиссаріи)—по отношенію къ имуществамъ лицъ, обязанныхъ выдать легатъ,—ради обезпеченія выдачи. Если нѣсколько такихъ наслѣдниковъ обязаны pro rata выдать отказанное, то отвѣтственность ограничивается наслѣдственною долею каждаго изъ нихъ.

IV. Прекращеніе закладнаго права.

§ 202.

Два способа прекращенія закладнаго права вытекаютъ изъ самой сущности этого права:

1) Оно погашается вмѣстѣ съ обязательствомъ, ради котораго существуетъ и принадлежность котораго составляетъ.

2) Продажа залога управомоченнымъ на то залогопринимателемъ отмѣняетъ всѣ закладныя права на этотъ залогъ, но продажа его собственникомъ такого дѣйствія не имѣетъ.

Что касается до перваго способа, то слѣдуетъ сказать, что закладное право прекращается во всѣхъ случаяхъ прекращенія самаго обязательства, каковы суть: уплата и всякій другой способъ удовлетворенія по обязательству, а также и прекращеніе онаго безъ удовлетворенія. Хотя въ формулѣ actionis Servianae говорится только neque solutum neque satisfactum, тѣмъ не менѣе, такъ какъ никакое закладное право немыслимо безъ обязательства, всякое прекращеніе послѣдняго уничтожаетъ и закладное право. Римскіе юристы пользуются вышеупомянутымъ ограниченнымъ выраженіемъ формулы только въ тѣхъ случаяхъ, когда по особымъ причинамъ прекращеніе обязательства является несправедливымъ результатомъ т. е. они не установляютъ правила, что закладное право можетъ существовать безъ обязательства, но считаютъ такое прекращеніе неполнымъ, при чемъ сохраняется извѣстная naturalis obligatio, а вмѣстѣ съ нею и самое закладное право.—Полное прекращеніе обязательства безусловно необходимо a) по отношенію къ quantitas: для малѣйшей доли этого обязательства остается въ силѣ все закладное право, какъ не дѣлимое; если заложены двѣ вещи, то ни одна изъ нихъ не освобождается отъ залога прежде погашенія всего долга; b) по отношенію къ степени: закладное право не уничтожается въ случаѣ прекращенія одной гражданской стороны обязательства, т. е. иска, а остается извѣстная naturalis obligatio. Если по окончательному судебному рѣшенію должникъ присужденъ уплатить болѣе, чѣмъ онъ на самомъ дѣлѣ былъ долженъ, то закладное право прекращаеся съ уплатою дѣйствительнаго долга, такъ какъ кредиторъ можетъ сослаться на res judicata только противъ должника, а не противъ другаго лица.

2) Отреченіе, remissio pignoris. Отреченіе отъ закладнаго права не заключаетъ въ себѣ отказа отъ самаго обязательства. Молчаливое отреченіе происходитъ при возвращеніи съ этою цѣлью закладной или заложенной движимой вещи, или въ видѣ согласія на отчужденіе имущества безъ сохраненія закладнаго права. Въ послѣднемъ случаѣ закладное право погашается не однимъ только согласіемъ вѣрителя, но лишь дѣйствительнымъ отчужденіемъ имущества (хотя достаточно одного обязательства должника передать право собственности), совершеннымъ тѣмъ именно образомъ, какъ предполагалъ давшій свое согласіе вѣритель,

напр. продажная цѣна не должна быть ниже той, на которую онъ согласился, если этою продажею затрогиваются его интересы; если же продажная цѣна имѣетъ пойдти на удолетвореніе вѣрителя, то уплата ея должна быть совершена, въ противномъ случаѣ закладное право не погашается. Послѣдующее вторичное пріобрѣтеніе вещи должникомъ не подвергаетъ эту вещь вновь закладному праву, развѣ явятся къ тому особыя основанія, какъ напр. dolus должника. То же дѣйствіе имѣетъ и молчаливое согласіе на отчужденіе имущества, но только не тогда, когда вѣритель знаетъ объ отчужденіи и допускаетъ оное. Исключенія бываютъ: а) когда идетъ рѣчь о такомъ отчужденіи, дѣйствительность котораго зависитъ отъ прекращенія закладнаго права, напр. освобожденіе раба, б) когда вѣрители edictaliter приглашаются къ осуществленію своего права судомъ. Кромѣ этихъ двухъ случаевъ знаніе и допущеніе отчужденія не могутъ быть признаны отреченіемъ отъ закладнаго права, такъ какъ вѣритель не можетъ даже воспрепятствовать этому отчужденію. Отчужденіе спеціально заложеннаго имущества безъ вѣдома вѣрителя признается за furtum; въ этомъ случаѣ знаніе вѣрителя объ отчужденіи лишаетъ оное значенія преступленія, но и здѣсь нельзя признать отреченія вѣрителя отъ своего закладнаго права, такъ какъ и въ этомъ случаѣ онъ не имѣетъ права воспрепятствовать отчужденію, которое остается въ силѣ и безъ его согласія.

3) Согласіе на вторичный залогъ. Послѣдствіемъ этого согласія всегда бываетъ то, что вѣритель уступаетъ тому новому залогопринимателю, на залоговое право котораго онъ соглашается. Затѣмъ въ различныхъ случаяхъ онъ тѣмъ самымъ или уступаетъ и другимъ залогопринимателямъ, или совсѣмъ отказывается отъ своего закладнаго права. Въ случаѣ сомнѣнія слѣдуетъ признать, что онъ только отказывается отъ своего первенства. Но согласіе на дальнѣйшій залогъ должно быть признано отказомъ отъ своего закладнаго права, когда обстоятельства дѣла такого рода, что невозможно признать одно только ограниченіе—отказомъ отъ первенства, напр. когда первый залогопринимать соглашается на третій, четвертый и дальнѣйшій залогъ. Поэтому нельзя признать ни что во всѣхъ такихъ случаяхъ ни отказъ отъ закладнаго права, ни отреченіе отъ первенства въ этомъ правѣ.

4) Usucapio libertatis. Закладное право уничтожается вмѣстѣ съ пріобрѣтеніемъ имущества по давности, когда къ этому пріобрѣтенію присоединяется bona fides по отношенію къ закладному праву. Поэтому не можетъ узукапировать ни залогодатель, ни его наслѣдникъ, такъ какъ онъ является преемникомъ въ

mala fides своего наслѣдодателя. Если владѣлецъ не находится in bona fide, его владѣніе можетъ только имѣть послѣдствія исковой давности. Одно и двухлѣтняя давность, а по юстиніановскому праву и давность трехлѣтняя, не имѣли вышеуказаннаго послѣдствія этой usucapio libertatis; такое дѣйствіе могла имѣть давность въ десять и болѣе лѣтъ (для движимыхъ и недвижимыхъ вещей).

5) Гибель заложеннаго предмета. Поэтому спецификація уничтожаетъ закладное право. Но такого послѣдствія не имѣетъ гибель части этого предмета; закладное право остается на уцѣлѣвшихъ его частяхъ (развѣ предметомъ залога была только superficies [1]). Actio hypothecaria можетъ остаться въ силѣ, но какъ utilis, если только имѣется fictus possessor.

6) Confusio, совпаденіе въ одномъ лицѣ закладнаго права съ правомъ собственности. Бываютъ случаи, когда этотъ, самъ по себѣ необходимый результатъ или является матеріальною несправедливостью или не соотвѣтствуетъ истинной волѣ сторонъ въ данной сдѣлкѣ. Сюда напр. относится тотъ случай, когда вѣритель покупаетъ имущество у своего должника, чтобы отстранить предшествующаго залогопринимателя. Въ качествѣ собственника онъ не обезпеченъ отъ позднѣйшихъ вѣрителей. Далѣе: вѣритель можетъ получить заложенное ему имущество, не зная объ этомъ обстоятельствѣ [2]), въ видѣ уплаты по мировой сдѣлкѣ, и т. д. Чтобы помочь дѣлу, можно избрать двоякій исходъ: 1) подобно нѣкоторымъ новѣйшимъ юристамъ, допустить исключеніе изъ того общаго правила, что никто не можетъ имѣть закладнаго права на собственное имущество: но это будетъ не основательно, ибо правило это такого рода, что исключеній не допускаетъ, 2) подобно римскимъ юристамъ, интерпретировать ту сдѣлку, по которой вѣритель сдѣлался собственникомъ заложенной вещи, не какъ пріобрѣтеніе права собственности, а какъ-либо иначе. Это единственный юридически-возможный исходъ.

---

[1]) Страховая сумма не можетъ въ этомъ случаѣ служить суррогатомъ, потому что она принадлежитъ только залогодателю, при томъ на основаніи неподвергнутаго залогу обязательства. Madai, Arcn. f. civ. Paxis XXVI, 8. 1843 г. *Прим. изд.*

[2]) Обыкновенно выводятъ требованіе о невѣденіи изъ L. 30. §. 1. D. de exc. rei jud. (44,2): quod tunc, cum de eodem fundo ageretur, ignorabat, а также изъ L. 9. pr. D. quib. mod. pign (20,6). Послѣднее законоположеніе относится совсѣмъ не къ confusio, а къ remissio, тогда какъ предъидущее упоминаетъ о невѣденіи въ видѣ аргумента въ пользу того, что въ процессѣ съ имѣющимъ преимущество залогопринимателемъ могло вовсе не быть рѣчи о его закладномъ правѣ; логическаго основанія такого ограниченія найти нельзя. *Прим. изд.*

V. Содержаніе закладнаго права.

А. экстенсивное содержаніе или объемъ.

1. Относительно объэкта.

§ 203.

Недѣлимость закладнаго права имѣетъ то послѣдствіе, что съ раздѣленіемъ обязательства самое закладное право не раздѣляется; поэтому если вѣритель оставитъ послѣ себя нѣсколькихъ наслѣдниковъ, то на долю каждаго остается въ силѣ все закладное право, такъ что здѣсь является нѣсколько равносильныхъ вѣрителей. Точно также, при наличности нѣсколькихъ наслѣдниковъ должника, долгъ каждаго обезпечивается всѣмъ заложеннымъ имуществомъ, а не долею его въ этомъ имуществѣ, такъ что, въ случаѣ неисправности въ платежѣ одного изъ наслѣдниковъ, можетъ быть подвергнуто продажѣ все заложенное имущество.

Объемъ объэкта залога можетъ быть по нѣкоторымъ обстоятельствамъ сомнительнымъ. Это именно бываетъ въ слѣдующихъ случаяхъ:

1) При коллективномъ залогѣ. Собственно тутъ является quaestio facti: что разумѣлось при опредѣленіи рода имущества. Но и здѣсь есть нѣсколько правовыхъ положеній.

Залогъ всего состоянія вообще заключаетъ въ себѣ не только имущество, находящееся въ настоящее время въ обладаніи залогодателя, но и то, которое онъ пріобрѣтетъ впослѣдствіи. Пока еще имѣются въ наличности другіе предметы, достаточно обезпечивающіе вѣрителя, слѣдуетъ исключать такія вещи, которыя, по всей вѣроятности, не были бы отданы въ залогъ въ случаѣ спеціальнаго поименованія закладываемыхъ предметовъ, какъ напр. особенно дорогіе хозяину предметы, домашнія вещи, ежедневно употребляемыя, одежда и т. п.

Предметы, подходящіе подъ опредѣленный родъ, подлежатъ закладному праву точно такъ-же, какъ еслибы они были заложены отдѣльно, при томъ не только когда они составляютъ одно collectivum. Поэтому при залогѣ всего состоянія таковому подлежатъ и вновь отчужденныя имѣнія и invecta и illata арендатора и т. п. Есть одно спеціальное законоположеніе [1]), что

---

[1]) L. 6. 9. D. in quib. caus. pign. (20,2).

коллективный залогъ не можетъ служить препятствіемъ къ освобожденію раба. Manumissio дѣлается невозможною лишь съ момента осуществленія закладнаго права на раба. Это постановленіе имѣетъ въ виду лишь указанный видъ отчужденія и потому въ настоящее время не примѣнимо. Кромѣ того его не должа) ни ограничивать вышеупомянутымъ законнымъ закладнымъ правомъ лица, отдавшаго въ наймы, на illata нанимателя, такъ какъ оно имѣетъ силу относительно всякаго коллетивнаго залога; b) ни распространять его на другіе предметы и ихъ отчужденіе, такъ какъ оно исключительно говоритъ о manumissio.

Есть случай, когда отчужденіе вещи, входящей въ составъ такого *рода*, который подвергнутъ закладу, освобождаетъ ее отъ закладнаго права. Это исключеніе вытекаетъ изъ свойства извѣстныхъ universitates rerum. Сами по себѣ вещи, заключающіяся въ извѣстной universitas, вполнѣ и окончательно подлежатъ закладному праву, также какъ и при всякомъ иномъ коллективномъ залогѣ. Но universitas можетъ быть такого рода, что возможность безпрепятственнаго удаленія и свободнаго доступа составляющихъ оную предметовъ настолько существенно необходима, что примѣненіе вышеозначеннаго правила привело бы къ разрушенію существа такой universitas. Этотъ случай является при залогѣ товарнаго склада. Если бы кто принялъ такой складъ въ залогъ безъ вышеупомянутой возможности, онъ тѣмъ самымъ лишилъ бы закладъ значенія товарнаго склада, что даже не входило бы въ интересы вѣрителя. Такого намѣренія съ его стороны предположить нельзя. Поэтому здѣсь осуществленіе закладнаго права ограничивается тѣми предметами, которые находятся на лицо ко времени этого осуществленія.

2) При accessiones. Всякая нераздѣльная составная часть вещи естественно подлежитъ закладному праву, напр. строеніе, возведенное на заложенной землѣ, приращеніе земли посредствомъ alluvio, привходящій usus fructus,—когда заложена nuda proprietas.

Относительно плодовъ слѣдуетъ различать два случая: a) они сами по себѣ могутъ быть объэктомъ залога, и слѣдовательно подлежатъ особой actio hypothecaria, и b) они могутъ быть предметомъ дополнительнаго требованія по actio hypothecaria, обращенной на главный предметъ; послѣднее возможно и тогда, когда они сами составляютъ объэктъ закладнаго права. Первый случай возможенъ только тогда, когда плоды дѣйствительно заложены и впослѣдствіи достаются въ собственность залогодателя или его наслѣдниковъ, см. выше. Законоположенія, приводимыя въ доказательство молчаливаго распространенія закладнаго права на плоды, относятся ко второму изъ указанныхъ случаевъ [1]).

---

[1]) L 26. §. 2. D. de pign. (20,1), L. 1. C. de partu pign. (8,25), L. 18.

Плоды могутъ быть закладываемы безъ спеціальнаго ихъ обозначенія, а именно когда они принадлежатъ къ заложенному collectivum. Такъ напр., если заложены invecta и illata, то залогъ распространяется и на ихъ плоды, т. е. и эти послѣдніе признаются также за invecta и illata, и притомъ не потому, что они плоды заложеннаго предмета, а потому, что они принадлежатъ къ collectivum.

2. Относительно обязательства.

§ 204.

Залогъ отвѣчаетъ за то обязательство, для котораго онъ выданъ; отвѣчаетъ ли онъ и за accessiones обязательства? Безъ сомнѣнія залогъ отвѣчаетъ не только за обязательство въ его первоначальность объемѣ, но и за accessiones онаго, только не за obligationes accessoriae. Принципъ здѣсь тотъ, что залогъ обезпечиваетъ все то, что можетъ быть осуществлено посредствомъ личнаго иска по обязательству, напр. судебныя издержки, которыя могутъ быть взыскиваемы вмѣстѣ съ главнымъ искомъ; подъ тѣмъ же условіемъ залогъ обезпечиваетъ и проценты. Относительно послѣднихъ находили разнорѣчіе между двумя законоположеніями [1]). Но въ нихъ идетъ рѣчь о двухъ совершенно различныхъ случаяхъ. Есть проценты, которые суть accessiones главнаго долга (напр. проценты за просрочку); распространеніе на нихъ закладнаго права подразумѣвается: о нихъ-то и идетъ рѣчь въ первомъ законоположеніи. Но есть проценты, составляющіе предметъ особаго придаточнаго требованія и для которыхъ имѣется особый искъ: распространеніе на эти проценты закладнаго права не подразумѣвается, а это право должно быть дано особо; объ этихъ то процентахъ и говорится во второй цитатѣ.

Относительно издержекъ на залогъ спорнымъ представляется вопросъ: отвѣчаетъ ли закладъ за impensae utiles. По отношенію къ нимъ нельзя указать никакого исключенія. Кромѣ того есть и положительное основаніе: черезъ эти издержки возвышена продажная цѣна заклада; въ случаѣ продажи вѣритель могъ бы заявить требованіе на ту сумму, которая составила

---

§. 2. D de pign. act. (13,7), L. 16. §. 4. D. de pign. (20, 1).

[1]) L. 8. §. 5. D. de pign. act. (13,7): Cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob cetera quoque, veluti usuras et quae in id impensa sunt. L. 13. §. 6. D. de pignor. (20,1): Propter usuras quoque si obligata sit hypotheca, usurae solvi debent. Idem et in poena dicemus.

излишекъ противъ стоимости заклада, если бы издержки его не были возмѣщены должникомъ.

Вѣритель можетъ имѣть retentio заклада, не имѣя возможности утверждать за собою закладнаго права (слѣд. безъ права продажи его). Это право удержанія онъ имѣлъ на общихъ основаніяхъ собственно ради издержекъ на заложенное имущество, но закладное право было распространено и на эти издержки. Напротивъ вѣрителю предоставлено съ другой стороны право удержанія при такихъ обстоятельствахъ, при которыхъ оно въ другихъ случаяхъ не имѣетъ мѣста. Противъ иска залогодателя о выдачѣ заклада, залогопринимателю предоставлена exceptio doli, если онъ имѣетъ другія [хотя бы и не связанныя съ первымъ] обязательства на залогодателѣ, къ которымъ его закладное право не относится, поэтому онъ можетъ удерживать закладъ до тѣхъ поръ, пока онъ не будетъ удовлетворенъ и по этимъ остальнымъ обязательствамъ. Но этой exceptio doli вѣритель разумѣется не имѣетъ относительно такого залогодателя, который не есть вмѣстѣ съ тѣмъ и его должникъ, а также и относительно другихъ залогодателей. Обыкновенно, хотя и неправильно, это jus retentionis разсматривается какъ преимущество вѣрителя по ручному залогу. Это право предполагаетъ только, что вѣритель обладаетъ залогомъ, путемъ ли закладнаго договора или посредствомъ actio hypothecaria—все равно; также должно понимать и правило: si in possessione fueris constitutus [1]).

Спорнымъ является вопросъ о томъ, примѣняется ли право удержанія при конкурсѣ, предполагая что вѣритель вступилъ въ обладаніе залогомъ до учрежденія конкурса? Большинство процессуалистовъ отвѣчаетъ на этотъ вопросъ отрицательно, нѣкоторые же утвердительно; правиленъ взглядъ первыхъ. При открытіи конкурса всѣ участвующіе въ немъ кредиторы должны быть разсматриваемы какъ missi (in possessionem), слѣдовательно вѣритель, владѣющій имуществомъ несостоятельнаго должника, не можетъ осуществлять ни противъ кого изъ нихъ своего права удержанія, такъ какъ онъ имѣетъ jus retentionis только противъ должника, а не противъ остальныхъ кредиторовъ управомоченныхъ въ качествѣ missi. Слѣдовательно то правило, которое до существованія конкурса примѣнялось къ одному вѣрителю по залогу, по учрежденіи конкурса, примѣняется ко всѣмъ кредиторамъ вообще; такимъ образомъ право удержанія тогда исчезаетъ.

---

[1]) L. un. C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse (8, 27).

В. Интенсивное содержаніе.

1. Право продажи.

§ 205.

Никакое закладное право не существуетъ безъ права продажи; такъ называемое pactum de non distrahendo, договоръ что вѣритель не вправѣ продавать заложенное имущество, имѣетъ лишь то послѣдствіе, что для продажи необходимо троекратное приглашеніе должника къ платежу, и если таковое окажется безуспѣшнымъ, то затѣмъ закладъ можетъ быть проданъ.

Право продажи наступаетъ тогда, когда должникъ находится in mora solvendi, слѣдовательно по общему правилу необходима interpellatio. Но необходимость эта можетъ быть устранена посредствомъ извѣстнаго pactum, по которому предоставляется кредитору право продажи тотчасъ по истеченіи платежнаго срока [1]). Нѣкоторые юристы утверждаютъ, что кромѣ того для продажи нужна liquiditas обязательства, т. е. это послѣднее должно быть безспорнымъ или уже доказаннымъ. Вопросъ этотъ разрѣшается такъ: споръ объ обязательствѣ т. е. о самомъ закладномъ правѣ отмѣняетъ судебную продажу, но не продажу частную, которая является ничтожною въ случаѣ несуществованія обязательства. Она можетъ быть также признана ничтожною въ случаѣ продажи какой-либо res litigiosa, которую залогодатель виндицировалъ до совершенія купли-продажи. Если продажѣ должна предшествовать actio hypothecaria, т. е. когда кредиторъ не владѣетъ вещью, то споръ противъ обязательства всегда будетъ препятствовать продажѣ.

По римскому праву частная продажа является общимъ правиломъ, судебная же предписана только при pignus in causa judicati captum. Теперь наоборотъ: судебная продажа является во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда кредиторъ вступаетъ во владѣніе при посредствѣ суда.

---

[1]) Это одно уже доказываетъ, что mora debitoris не требуется, ибо иначе нужно было бы приглашать къ уплатѣ по истеченіи срока. Какимъ же образомъ кредиторъ можетъ получить удовлетвореніе въ случаѣ отсутствія должника или неисковаго обязательства, и къ чему же еще сроки? Конечно при этомъ вѣритель отвѣчаетъ за совершеніе обманныхъ дѣйствій. — Другой странный вопросъ: препятствуетъ-ли продажѣ mora creditoris? Принципъ здѣсь во всякомъ случаѣ слѣдующій, qui paratus est solvere, pignus videtur liberasse, L. 6. §. 1. D. de quib. mod. pign (20,6), L. 5. C. de distr. pign (8,28). Продолжающаяся готовность должна быть однако же выражена посредствомъ depositio, L. 8. C. eod., L. 2. C. debitor. vend. (8,29).

При частной продажѣ имѣютъ силу слѣдующія правила: 1) должникъ долженъ быть предувѣдомленъ о продажѣ, 2) кредиторъ не можетъ купить заложенную вещь ни самъ, ни черезъ подставное лицо (persona supposita); 3) во всемъ производствѣ должна соблюдаться bona fides. Здѣсь слѣдуетъ различать разрѣшеніе вопроса о томъ, имѣетъ ли быть произведена продажа имущества, отъ производства самой продажи. Первое составляетъ право кредитора; послѣдняя, какъ право procurator'a, должна быть устроена къ наибольшей выгодѣ должника.

Наконецъ продажа получаетъ силу и значеніе лишь при условіи, что вѣритель есть prior creditor. Позднѣйшіе юристы утверждали, что отчуждать заложенную вещь можетъ и всякій послѣдующій вѣритель, если только имъ означенному prior creditor предоставлено первое мѣсто при удовлетвореніи долговъ изъ вырученной отъ продажи суммы [1]). Но мнѣніе это невѣрно. Въ подтверженіе его ссылались на то, что право продажи есть существенная составная часть закладнаго права, и что потому оно должно принадлежать и послѣдующему вѣрителю. Но это право (продажи) втораго вѣрителя пріостановлено въ своемъ полномъ дѣйствіи. Онъ дѣйствительно имѣетъ это право, но теперь не можетъ его осуществить. Также несостоятельна и ссылка на совершенно ложный тезисъ: quod tibi non nocet et alteri prodest, ad id potes compelli. Исключеніе является лишь въ случаѣ pignus in causa judicati captum. Здѣсь предшествующій вѣритель не можетъ воспрепятствовать продажѣ, если только онъ будетъ удовлетворенъ, потому что въ данномъ случаѣ pignus in causa judicati captum имѣетъ значеніе особаго способа исполненія. Въ другихъ случаяхъ одно только jus offerendi можетъ служить послѣдующему вѣрителю средствомъ пріобрѣсти себѣ право продажи.

Послѣдствія продажи суть слѣдующія:

1) Прекращеніе закладнаго права, и притомъ закладнаго права не только продавца, но и всѣхъ другихъ лицъ, имѣвшихъ оное на проданную вещь.

2) По отношенію къ покупщику вѣрителя слѣдуетъ считать procurator'омъ должника. Поэтому онъ переноситъ на покупщика то право собственности или всякое другое право, которое перенесъ бы на него самъ должникъ. Должникъ не имѣетъ права выкупа, даже и тогда когда покупщикомъ сталъ самъ вѣри-

---

[1]) L. 1. D. de distr. pign. (20,5), L. 8. C. qui pot. (8,18), L. 1. C, creditorem evict. (8,46). Опроверженіе этого мнѣнія см. статью Löhr'a въ arch. für civ. Prax. XIV. 7. Особое право при pignus in causa judicati captum, L, 15. §. 5. D. de re jud. (42,1). *Прим. изд.*

тель (что допускается при судебной продажѣ). Если продажа отмѣнена, то право собственности возвращается къ залогодателю.—Кредиторъ отвѣчаетъ за то, что онъ, какъ залогопринимaтель, управомоченъ на продажу: къ нему же обращается и искъ объ уплатѣ evictio, когда на вещь заявляетъ требованіе болѣе управомоченный залогопринимaтель. Въ случаѣ же evictio со стороны собственника вещи, требованіе обращается обыкновенно къ залогодателю. Оно обращается къ кредитору a) при dolus (знаніи о томъ, что залогодатель не собственникъ вещи), и b) если вѣритель принялъ на себя уплату по evictio. Римскіе юристы называютъ этотъ случай jure communi promittere—въ противоположность тому, когда вѣритель поставилъ себя въ положеніе простаго залогопринимaтеля (creditoris jure vendere).

3) Удовлетвореніе вѣрителя изъ продажной суммы. Сперва отчисляются проценты, а потомъ капиталъ насколько, разумѣется, закладъ обезпечиваетъ долгъ. Остатокъ продажной суммы достается слѣдующему вѣрителю, а если таковаго нѣтъ, то самому залогодателю. Если же продажная сумма менѣе суммы долга, то неоплаченная часть послѣдняго можетъ быть взыскиваема особо. Одна продажа не освобождаетъ должника отъ обязательства по залогу; для этого требуется удовлетвореніе вѣрителя изъ продажной суммы (что можетъ случиться напр. и вслѣдствіе novatio), или же это прямо зависитъ отъ кредитора, напр. при отсрочкѣ или при прощеніи долга. Если вѣритель долженъ внести evictio, то освобожденія отъ долга не бываетъ; если же онъ впослѣдствіи потерпѣлъ убытки (предполагая, что онъ дѣйствовалъ bona fide и къ выгодѣ залогодателя), напр. въ случаѣ принятія имъ на себя тягостныхъ обязательствъ съ цѣлью добиться возможно высокой продажной цѣны,—то онъ имѣетъ регрессъ къ залогодателю.

2. Impetratio dominii.

§ 206.

Если [1]) на вещь не находится покупщика, то при судебной продажѣ какого либо pignus in causa judicati captum вѣритель можетъ требовать присужденія себѣ оной въ собственность—и притомъ онъ можетъ требовать отъ правительства такого присужденія по таксѣ, съ сохраненіемъ права особо требо-

---

[1]) Изъ Пандектъ.

вать недостающей для покрытія долга суммы и съ обязанностью возратить залогодателю оставшійся излишекъ (jus dominii impetrandi). Въ продолженіи двухъ лѣтъ со времени такого присужденія, должникъ имѣетъ право выкупа, и поэтому право собственности вѣрителя и удовлетвореніе его претензіи посредствомъ такого присужденія остаются въ теченіи этого времени in suspenso. Если въ теченіи этого срока (biennium luitionis) должникъ выкупитъ вещь, то вѣритель считается какъ бы никогда не имѣвшимъ на нее права собственности, но и вѣритель самъ можетъ устранить такое beneficium напр. посредствомъ принятія процентовъ, продажи вещи въ теченіи двухъ срочныхъ лѣтъ, при чемъ эта продажа будетъ имѣть всѣ свои обыкновенныя послѣдствія (какъ въ пользу должника, если выручено больше долга, такъ и въ пользу вѣрителя, если выручено меньше). Многіе думали, что даже въ случаѣ продажи по истеченіи двухъ лѣтъ, возможно возвращеніе вещи залогодателю; это невѣрно. Указываемое въ подтвержденіе этого мнѣнія законоположеніе говоритъ лишь о продажѣ въ теченіи двухъ срочныхъ лѣтъ. Весьма понятно, что неопредѣленность отношеній между залогопринимателемъ и залогодателемъ должна когда нибудь окончиться.

3. Вліяніе произвольныхъ опредѣленій на содержаніе закладнаго права.

207 [1]).

При залогѣ возможны особыя соглашенія относительно способовъ продажи заклада вѣрителемъ, съ измѣненіемъ правовыхъ на сей предметъ постановленій (§ 205); далѣе возможны ограниченія права отчужденія, принадлежащаго должнику [2]). Есть и другіе

---

[1]) Изъ Пандектъ.

[2]) Но послѣдствіемъ этого не можетъ быть ничтожность самаго отчужденія (ср. §. 145); уже одинъ спеціальный залогъ вещи обусловливаетъ то, что залогодатель, отчуждая эту вещь посредствомъ обмана, совершаетъ furtum относительно вѣрителя. L. 19. §. 6., L. 66. pr. D. de furt. (47,2). По мнѣнію Циммермана (Archiv. fur civ. Prax. XXXV. 1852 г. стр. 444) Nov. 112 c. 1. предоставляетъ должнику опасное право отчуждать заложенную вещь даже во время судебнаго производства по иску о залогѣ. Но это постановленіе означаетъ только, что такое отчужденіе можетъ быть признано ничтожнымъ и наказуемымъ отнюдь не по причинѣ litigiositas вещи; actio furti, возникающая изъ такого обманнаго отчужденія, въ силу помянутаго правила не уничтожается. Actio hypothecaria также погашается лишь удовлетвореніемъ вѣрителя. *Прим. изд.*

виды расширенія правъ вѣрителя напр. вслѣдствіе такъ называемаго pactum antichreticum (§ 320), но запрещена lex commissoria, по которой должникъ, не учинившій платежа, теряетъ всѣ свои требованія къ вѣрителю, такъ что послѣднему должна достаться заложенная вещь ради погашенія его обязательства [1]).

4. Содержаніе закладнаго права на заложенныя права.

§ 208.

Нѣкоторыя права, которыя могутъ быть объектами закладнаго права, даютъ залогопринимателю еще другое, кромѣ продажи, средство достигнуть удовлетворенія, именно посредствомъ осуществленія этихъ правъ, приводящаго его посредственно или непосредственно къ тому же результату. Первое бываетъ при pignus nominis и при subpignus.

Pignus nominis.

Залогоприниматель получаетъ право осуществить заложенное ему обязательство. Когда наступило время осуществленія его закладнаго права, то онъ можетъ или продать это обязательство, или самъ предъявить искъ къ должнику залогодателя, чтобы удовлетворить себя платежемъ, слѣдующимъ съ перваго послѣднему; искъ этотъ не представляется какимъ либо осо-

---

1 L. 3. C. h. t. (Constant in). Подъ это запрещеніе не подходитъ ни позднѣйшее предоставленіе заклада вмѣсто платежа, L. 13. C. de pignor. (8,14), L 12. pr. D. de distr. pign. (20,5), ни предварительное соглашеніе о томъ, что вѣритель, въ случаѣ неплатежа, или поручитель—въ случаѣ обязанности платить, должны получить заложенную вещь по возможно низкой цѣнѣ или по существующему въ назначенное время курсу, L. 16. §. alt. D. de pign, (20, 1), L. 81. pr. D. de contr. emt. (18,1), Глюкъ, comment XIV, стр. 312. Мюленбрухъ оспариваетъ возможность соглашенія о томъ, что вѣритель долженъ получить заложенную вещь по опредѣленной цѣнѣ, по слѣдующимъ причинамъ: 1) вышеуказанныя правила Пандектъ, которыми допускается такое соглашеніе, относятся къ тому времени, когда lex commissoria была еще дозволена. Но при этомъ Мюленбрухъ упускаетъ изъ виду, что правила эти имѣютъ для насъ не историческое только значеніе, но, будучи составными частями юстиніановскаго права, имѣютъ во всякомъ случаѣ то значеніе, что подобный договоръ не подлежитъ означенному запрещенію; 2) такое соглашеніе было бы опасно для должника, какъ сама lex commissoria. Если бы это соображеніе было основательно, то оно имѣло бы значеніе для законодателя, а не для судьи.

бымъ, а есть обыкновенный искъ ex nomine залогодателя. Въ послѣднемъ случаѣ необходимо:

a) чтобы время осуществленія закладнаго права наступило.

b) чтобы срокъ платежа по заложенной долговой претензіи также наступилъ.

c) Если заложенное обязательство обширнѣе его закладнаго права, то онъ не можетъ искать болѣе, чѣмъ имѣетъ самъ получить.

d) Если объэктъ обязательства—не деньги, а какая либо другая вещь, то эта послѣдняя дѣлается закладомъ, и удовлетвореніе производится продажею оной. Мнѣніе нѣкоторыхъ юристовъ [1]), будто здѣсь возникаетъ только jus retentionis,—невѣрно.

Pignus nominis предполагаетъ перенесеніе этого nomen на вѣрителя, такъ какъ отдѣльнаго права на nomen (въ родѣ jus in re при залогѣ вещи) не существуетъ. Перенесеніе права происходитъ посредствомъ delegatio и cessio. Отдача въ залогъ nominis должна, слѣдовательно, происходить въ одной изъ этихъ двухъ формъ. Обыкновенно примѣняется форма cessio, именно во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда отдача въ залогъ произошла безъ привлеченія должника по nomen, безъ вступленія съ нимъ въ особую сдѣлку. Поэтому pignus nominis есть ничто иное какъ cessio обязательства ради осуществленія правъ вѣрителя по залогу. Залогоприниматель имѣетъ права цессіонарія, но осуществленіе ихъ подлежитъ въ тоже время основнымъ правиламъ осуществленія закладнаго права.

Нѣкоторые юристы продолжаютъ оспаривать это мнѣніе, не смотря на то, что оно представляется единственнымъ юридически-состоятельнымъ. Въ сущности весь споръ сводится къ тому, имѣютъ ли силу въ настоящемъ случаѣ нѣкоторыя правовыя положенія, существующія относительно cessio. Принципъ здѣсь тотъ, что всѣ такія положенія распространяются и на этотъ случай, если только они не измѣняются вслѣдствіе особой цѣли этой cessio. Измѣненія эти могли бы быть очень значительны; не смотря на то, нельзя отвергнуть такого толкованія этой сдѣлки, по которому она признается за условную cessio и которое является истинною необходимостью.

Subpignus.

Подъ этимъ именемъ разумѣются два вида сдѣлокъ:

1) Залогъ заложенной вещи. Въ пользу такого значенія subpignus'а можно привести слѣдующія выраженія положительнаго

---

[1]) Миленбрухъ, Cession der Forderungsrechte, стр 316 изд. 3-е.

права: id quod pignori obligatum est, pignori obstringi posse—pignori rem pignoratam accipi posse;

2) Залогъ вышеупомянутой actio hypothecaria, т. е. условная cessio этого иска. При ближайшемъ разсмотрѣніи, приведенныя выраженія этому пониманію не противорѣчатъ: вещь отдана въ залогъ, но лишь настолько, насколько она заложена залогодателю; слѣдовательно она перенесена въ качествѣ закладa, перенесено закладное право въ смыслѣ осуществленія онаго, слѣдовательно перенесена и actio hypothecaria.

Такое пониманіе есть единственное юридически—возможное, ибо въ самомъ закладномъ правѣ не заключается управомочія на дальнѣйшій залогъ вещи, которое согласовалось бы съ содержаніемъ этого права, направленнаго на удовлетвореніе залогопринимателя.

Вторичная отдача въ залогъ есть слѣдовательно cessio осуществленія закладнаго права. Осуществленіе закладнаго права вторымъ вѣрителемъ требуетъ, а) чтобы наступило время удовлетворенія по subpignus; б) чтобы также насталъ срокъ осуществленія заложеннаго закладнаго права, такъ что первый залогопринимaтель былъ бы въ состояніи осуществить оное.

Второй вѣритель по залогу не можетъ осуществить заложенное ему закладное право, если бы не могъ этого сдѣлать и первый вѣритель, поэтому первый залогодатель долженъ быть in mora solvendi, а равно и вѣритель —въ качествѣ должника втораго залогопринимaтеля.

При закладномъ правѣ осуществляется и самое обязательство; оно должно быть признано заложеннымъ лишь въ той мѣрѣ, въ какой оно можетъ быть осуществлено посредствомъ actio hypothecaria, если только закладное право не распространено навсе обязательство. Отсюда вытекаетъ интерпретація законоположенія L. 13. §. 2. D. de pign [1]), которое можно находить темнымъ только при существованіи предвзятаго воззрѣнія. Смыслъ

---

1) L. 13. §. 2. D. de pign. (20 1): Cum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur. et tam exceptio quam actio utilis ei danda est. Quodsi dominus solverit pecuniam pignus quoque perimitur. Sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine usilis actio danda sit an non. Quid enim, si res soluta fuerit? Et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit, si quidem pecuniam debet is, cujus nomen (по Huschke въ Zeitschrift f. Civilr. und Proc. XX. ст. 227 и сл. nomine pignoris datum est, exacta ea creditorem s cum pensaturum (Halberger, Vulgata exactam a creditore si compensaturum; Huschke, тамъ же: exactam eam a creditore creditorem secundum secum pensaturum), si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem.

его слѣдующій: при вторичномъ залогѣ закладъ обезпечиваетъ втораго вѣрчтеля—насколько простирается принадлежащее ему обязательство, но никогда не далѣе обязательства, принадлежащаго первому вѣрителю (quatenus utraque pecunia debetur). Второй вѣритель имѣетъ противъ собственника заклада exceptio и actio utilis (hypothecaria), какъ и его цедентъ,—первый вѣритель. Когда собственникъ заплатитъ второму вѣрителю, то закладное право прекращается какъ для перваго, такъ и для втораго вѣрителя. (Если обязательство заложено само по себѣ, то право вѣрителя по залогу ограничивается только размѣромъ принадлежащаго ему обязательства, если таковое менѣе заложеннаго. Но иначе бываетъ при отдачѣ въ залогъ упомянутой actio hypothecaria, при чемъ не возможно никакое дѣленіе. Владѣтель можетъ предложить истцу обязательство ему принадлежащее, но онъ можетъ уплатить и весь долгъ, чтобы освободить свой закладъ). Что же остается дѣлать первому вѣрителю? Имѣетъ ли онъ право иска суммы, полученной вторымъ вѣрителемъ? юристъ разрѣшаетъ вопросъ такъ: здѣсь какъ-будто было заложено обязательство и уплата произведена второму вѣрителю. Если это деньги, то послѣдній долженъ выдать первому вѣрителю излишекъ, если это другая вещь, то второй вѣритель имѣетъ на нее закладное право, а слѣдовательно первый можетъ ее выкупить, какъ-будто бы она отдана была имъ въ залогъ.

IV. Первенство. (Prioritaet).

§ 209 [1]).

Между нѣсколькими закладными правами на одинъ и тотъ же объэктъ возникаетъ коллизія частью по отношенію къ jus distrahendi, частью же по отношенію къ удовлетворенію—въ томъ случаѣ, когда продажная цѣна недостаточна для уплаты по всѣмъ обязательствамъ. Въ этомъ отношеніи не всѣ закладныя права равносильны.

Вполнѣ дѣйствительное закладное право имѣетъ только prior creditor (т. е. тотъ, которому никакой другой залогопринимательъ не предшествуетъ). Первенство опредѣляется: 1) старшинствомъ закладнаго права и 2) особыми предписаніями положительнаго права (§. 211 и 212). Способъ возникновенія закладнаго права (по частному установленію или по закону, кол-

---

[1]) Изъ Пандектъ.

лективнымъ или спеціальнымъ залогомъ) самъ по себѣ не создаетъ никакого преимущества, а также нѣтъ въ этомъ отношеніи разницы между ипотекою и ручнымъ залогомъ.

А. Старшинство закладнаго права.

§ 210.

Для возникновенія закладнаго права [1]) необходимо совпаденіе трехъ моментовъ, которые и опредѣляютъ исходную точку его существованія. Это—обязательство, объектъ и способъ возникновенія (Enstehungsgrund).

1) Никакое закладное право не существуетъ прежде обязательства, для котораго оно назначено; при условномъ обязательствѣ, это существованіе получаетъ обратную силу съ наступленіемъ условія, такъ что обязательство можетъ существовать даже прежде, чѣмъ оно подлежитъ осуществленію.

Старшинство прежде всего зависитъ отъ существованія обязательства, а не отъ срока онаго; наступленіе срока (diem venire) не имѣетъ здѣсь никакого вліянія; такъ напр. при залогѣ, обезпечивающемъ арендную плату, закладное право возникаетъ прежде платежнаго срока, даже прежде начала какихъ либо арендныхъ дѣйствій, а одновременно съ заключеніемъ договора, такъ что наступленіе обязательности онаго уже не зависитъ отъ воли арендатора. Напротивъ суспенсивное условіе во всякомъ случаѣ отдаляетъ возникновеніе обязательства; но это не имѣетъ, вслѣдствіе ретротракціи условія, никакого вліянія на старшинство закладнаго права. Исключеніе представляетъ то условіе, которое прямо предоставлено на волю должника. Здѣсь онъ даже не вступаетъ предварительно въ условное обязательство, намѣренія сторонъ противны ретротракціи, напр. депозитарію предоставлено пользоваться ввѣренными ему деньгами: на этотъ случай, когда поклажа превращается въ ссуду, установляется закладное право. (Это закладное право считается возникшимъ не раньше, какъ съ того момента, когда прежній депозитарій, воспользовавшись ввѣренными ему деньгами, превратился въ должника по ссудѣ). Моментъ возникновенія обязательства опредѣляется свойствомъ обязательства, такъ напр. есть разница въ возникновеніи договора реальнаго и консенсуальнаго. Далѣе есть различіе въ возникновеніи обязательства о ссудѣ и обязательства о приданомъ. [2]).

---

[1]) Изъ Пандектъ.

[2]) Обязательство о ссудѣ вступаетъ въ дѣйствіе лишь съ numeratio, L.

Вопросъ этотъ обыкновенно ставятъ на неопредѣленную почву, когда обращаютъ вниманіе на то обетоятельство, есть ли въ наличности или нѣтъ согласіе одной или обѣихъ сторонъ на заключеніе обязательства. Согласно съ этимъ воззрѣніемъ, еслибы при pactum de mutuo dando закладное право было установлено въ данное время ради этого будущаго mutuum'а, то оно считалось бы возникшимъ съ настоящаго времени. Этотъ взглядъ не вѣренъ потому, что здѣсь отодвинутъ на задній планъ существенный вопросъ о томъ, для какого долга установленъ залогъ. Если залогъ обезпечиваетъ не обязанности, вытекающія изъ помянутаго pactum, а обязательство о ссудѣ, то закладное право во всякомъ случаѣ не можетъ начаться прежде этого послѣдняго. Утверждать противное значитъ извращать дѣло [1]).

---

11. pr. §. 1. D. h. t. (20,4). Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit, poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam. Videamus an idem dicendum sit, si sub conditione stipulatione facta, hypotheca data sit, quae pendente alius credidit pure, et accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis existat conditio, ut potior sit qui postea credidisset? Sed vereor, num hic aliud sit dicendum. Cum enim semél conditio esstitit, perinde habetur ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset. Quod et. melius est. L. 1. §. 1. eod , L. 4. D. quae res pign. (20,3); обязательство же о приданомъ возникаетъ напротивъ съ установленіемъ самой dos, слѣдовательно со времени dotis promissio, L. 1. pr. D. h. t. (20,1): Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dotem accepit, subsecuta deinde pro parte numeratione maritus eandem rem pignori alii dedit, mox residuae quantitatis numeratio impleta est. Quaerebatur de pignore. Cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit compellitur, non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis. Nec probe dici, in potestate ejus esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur.

[1]) Авторъ ошибается, считая существеннымъ вопросъ о томъ, для какого долга установленъ залогъ. По L. 1. pr. D. h. t. (предш. прим.) залогъ устанавливался ради restitutio dotis receptitiae, слѣд. ради долга мужа; сообразно съ этимъ юристъ придаетъ наибольшій вѣсъ наступленію соотвѣтственной обязанности промиттента. Противъ этого нельзя также возразить, что въ договорѣ о приданомъ оба обязательства представляются одновременными stipulatio и repromissio и что рѣшающее значеніе имѣетъ obligatio мужа. Но послѣдній, не смотря на обѣщаніе, оставался бы обязаннымъ къ возврату приданаго лишь послѣ дѣйствительнаго полученія онаго, L. 30. D. de R. C. (12,1), L. 1. C. de dote cauta (5,15). Такъ какъ по дѣйствующему праву pactum de mutuo dando равносильно упомянутой promissio, то закладное право, установленное въ обезпеченіе возврата ссуды, очевидно, должно считаться со времени совершенія договора, а не со времени выдачи ссуженныхъ денегъ. *Прим. изд.*

2) Закладное право никогда не можетъ явиться раньше своего объэкта; но при залогѣ какихъ либо res futurae, если только вещи, имѣющія быть заложенными, содержатся въ имуществѣ залогодателя, то непосредственно возникаетъ на этотъ ожидаемый объэктъ такое закладное право, которое потомъ продолжается въ закладномъ правѣ на возникшую уже въ дѣйствительности вещь, и которое так. обр. получаетъ какъ бы преждевременное бытіе; напр. я имѣю закладное право на плоды, а другое лицо—на все имущество моего должника; право послѣдняго, разумѣется, распространяется и на плоды, но возникаетъ по отношенію къ нимъ лишь со времени ихъ отдѣленія, и поэтому мое закладное право, хотя и позже установленное, все таки старше его права, такъ какъ залогъ считается совершеннымъ раньше, чѣмъ появились плоды. Совершенно иное бываетъ при залогѣ предметовъ имѣющихъ быть пріобрѣтенными,—какъ при залогѣ спеціальномъ, такъ и при коллективномъ. Условіе здѣсь также не можетъ получить обратной силы къ тому времени, когда залогодатель не былъ еще собственникомъ. Тѣмъ менѣе можетъ быть допущена retrotractio при залогѣ всего состоянія. Слѣдовательно, если нѣсколькимъ лицамъ заложены въ разное время различныя, еще имѣющія быть пріобрѣтенными вещи, то закладныя права всѣхъ этихъ лицъ равны по старшинству. Это положеніе вытекаетъ между прочимъ изъ того необходимаго условія закладнаго права на res futurae, чтобы вещь, имѣющая быть созданною, заключалась in bonis залогодателя уже при установленіи залога; это есть условіе старшинства такого закладнаго права; еслибы то же самое было относительно всякой пріобрѣтенной впослѣдствіи вещи, то такое условіе не имѣло бы смысла. Но правило это основано также и на постановленіяхъ положительнаго права [1]).

Другое постановленіе считали противорѣчащимъ выше указанному [2]). Противорѣчіе дѣйствительно существовало бы въ томъ случаѣ, если бы юристъ сказалъ: предшествующій вѣритель имѣетъ старшинство по отношенію ко всѣмъ вещамъ пріобрѣтеннымъ впослѣдствіи до настоящаго времени, даже по вступленіи втораго вѣрителя. Но означенное законоположеніе понимать такимъ образомъ никакъ нельзя [3]).

3) Закладное право начинается лишь съ наступленіемъ основанія къ его существованію; основаніе это можетъ быть *за-*

---

[1]) L. 28. D. de jure fisci (49,14).
[2]) L. 21. pr. D. de pign. (20,1).
[3]) Ср Прим XIX.

конное, при наличности вышепомянутыхъ двухъ моментовъ (обязательства и объэкта); *судебное*—при наличности того акта, съ которымъ связано возникновеніе закладнаго права; *произвольное* (pignus voluntarium)—при наличности установленія онаго сторонами.

Закладное право, установленное условно, по наступленіи этого условія получаетъ обратную силу со времени его установленія (retrotractio), если только въ это время существовали: обязательство и объэктъ. Поэтому не можетъ быть ретротракціи, когда самое условіе такого рода: если залогодатель пріобрѣтетъ впослѣдствіи предметъ залога [1]). Назначеніе срока, въ случаѣ его сомнительности, отдаляетъ самое осуществленіе закладнаго права, но отнюдь не его возникновеніе; еслибы имѣлась прямо въ виду эта послѣдняя цѣль, то retrotractio не могла бы имѣть мѣста. Равными по старшинству считаются закладныя права, возникшія въ одинъ и тотъ же день.

Здѣсь слѣдуетъ различить два случая:

1) Convalescentia вслѣдствіе ratihabitio собственника. Для ретротракціи требуется, чтобы собственникъ могъ самъ прежде заложить свое имущество. Его ратигабиція не можетъ умалить уже существующія въ то время закладныя права.

2) Convalescentia вслѣдствіе пріобрѣтенія со стороны залогодателя какой-либо res debita; вещь задолго была debita залогодателю (такъ что и здѣсь происходитъ retrotractio)—см. выше; или b) какой-либо res aliena, non debita. Въ этомъ случаѣ закладное право начинается только со времени пріобрѣтенія вещей. Впрочемъ если нѣсколько лицъ пріобрѣли закладное право отъ одного лица, несобственника вещи, то первый по старшинству пріобрѣтатель имѣетъ право предъявить къ позднѣйшимъ actio Publiciana, хотя въ качествѣ залогопринимателей всѣ они, собственно говоря, равны.

---

[1]) L. 7. § 1. D. h. t. (20.4): Si tibi, quae habiturus sum, obligaverim, et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium ejus adquisiero, putat. Marcellus, concurrere utrumque creditorem et in pignore. Non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit, quippe cum res ex nummis pigneratis emta non sit pignerata ab hoc solum. quod pecunia pignerata erat. L. 16. § 1. D. de pign. (20,1): Si nesciente domino res ejus hypothecae data sit, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est, hoc ipsum, quod ratum habet, voluisse eum retro recurrere ratihabitionem ad illud tempus quo convenit. Voluntas autem fere eorum demum servabitur, qui et pignori dare possunt.

В. Сингулярное преимущество извѣстныхъ закладныхъ правъ.

§ 211 [1]).

Изъ правила prior tempore, potior jure явились исключенія въ видѣ привиллегированныхъ закладныхъ правъ, которыя имѣютъ преимущество даже передъ старѣйшими простыми закладными правами.—Слѣдуетъ тщательно избѣгать смѣшенія этихъ привиллегированныхъ правъ съ законными закладными правами (pignus legale). Независимо отъ старшинства, сингулярное, особенное преимущество имѣютъ: 1) закладное право казны, именно ради всѣхъ податей и налоговъ; по другимъ же требованіямъ, казна имѣетъ только преимущество предъ одновременными закладными правами; 2) закладное право жены—ради ея приданаго; 3) закладное право того лица, которое сдѣлалось вѣрителемъ ради сохраненія, возстановленія или пріобрѣтенія заложенной вещи, cujus pecunia solvamfecit totius pignoris causam. Эта послѣдняя привиллегія (ради in rem versio, какъ принято ее называть) должна быть предоставляема и продавцу въ кредитъ, если онъ удержалъ за собою закладное право на проданную вещь. Это право должно имѣть преимущество предъ всѣми закладными правами установленными покупателемъ.

Коллизія между закладными правами привиллегированными ради in rem versio (слѣд. если такое свойство имѣютъ нѣсколько закладныхъ правъ на одну и туже вещь) разрѣшается не по старшинству, а согласно свойству вещи—соразмѣрно съ тѣмъ участіемъ, которое принималъ каждый вѣритель въ сохраненіи вещи въ ея настоящемъ составѣ. Что же касается до остальныхъ привиллегій, то закладное право казны ради податей и налоговъ должно предшествовать всѣмъ другимъ, а слѣдовательно и вышеупомянутымъ привиллегированнымъ закладнымъ правамъ; впрочемъ привиллегированное закладное право жены уступаетъ лишь казнѣ и тому закладному праву, которое установлено вѣрителемъ по ссудѣ для покупки какихъ-либо militia, при чемъ онъ, вѣритель, положительно выговорилъ себѣ первенство въ залогѣ посредствомъ документа, под-

---

[1]) Изъ Пандектъ.

писаннаго свидѣтелями; но оно уступаетъ остальнымъ закладнымъ правамъ, привиллегированнымъ ради in rem versio.

Въ прежнее время было весьма распространено мнѣніе, что эти привиллегіи не простираются на такія закладныя права, которыя установлены прежнимъ собственникомъ и съ которыми практика связывала извѣстное jus separationis, съ цѣлью гарантировать ихъ отъ привиллегированныхъ закладныхъ правъ, установленныхъ позднѣйшими собственниками. Хотя эта мѣра несомнѣнно справедливѣе чисто сингулярныхъ привиллегій казны и жены, но она въ новѣйшее время подвергалась небезуспѣшнымъ нападкамъ.

C. Преимущество pignoris publici.

§ 212.

Уже въ римскомъ правѣ была сдѣлана попытка умалить вредъ безформеннаго возникновенія ипотекъ. Прежде всего представлялось то соображеніе, что дѣйствіе такого закладнаго права гораздо значительнѣе, чѣмъ дѣйствіе обязательнаго договора. Послѣдній имѣетъ силу только противъ договаривающейся стороны и ея наслѣдниковъ, а pactum hypothecae простирается гораздо далѣе. Казалось бы, что этого совершенно достаточно, чтобы постановить правило, что pactum hypothecae для повсемѣстнаго дѣйствія должно совершаться съ извѣстною публичностью (при посредствѣ суда или при свидѣтеляхъ). Но до этого въ римскомъ правѣ не дошли и удовольствовались тѣмъ, что предоставили закладному праву, совершенному въ упомянутой гласной формѣ, преимущество передъ закладными правами въ таковую необлеченными. Таково содержаніе закона [1]) императора Льва. Такой залогъ называется pignus publicum (когда

---

[1]) L. 11. C. qui pot. (8, 18): Scripturas, quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis nec ne, transigendi, vel paciscendi, seu foenarendi, vel societatis coeundae gratia, seu de aliis quibuscunque causis vel contractibus conficiuntur, quae ἰδιόχειρα graecea pellantur, sive tota series earum manu contrahentium, vel notarii, vel alius cujuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis sive non, licet conditionales sint, quos vulgo tabellarios appellant, sive non, quasi publice conscriptae, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Si autem jus pignoris vel hypothecae et hujusmodi instrumentis vindicare quis sibi contendarit, eum, qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur, nisi forte probatae, atque integras opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur, tunc enim quasi publice confecta accipiuntur.

онъ совершенъ предъ судомъ) quasi publicum (когда совершенъ передъ тремя свидѣтелями),—залогъ же, совершенный негласно, носитъ названіе pignus privatum.

Объ этомъ законѣ существуютъ различныя мнѣнія.

1) Нѣкоторые юристы утверждаютъ, что императоръ имѣлъ въ виду удостовѣрить время совершенія залога, такъ какъ по соглашенію залогодателя и залогопринимателя, частная закладная ихъ можетъ быть написана заднимъ числомъ — ко вреду предшествующихъ вѣрителей. Такимъ образомъ, по мнѣнію ихъ, содержаніе закона такое: если будетъ возбужденъ споръ о старшинствѣ, то время совершенія, означенное въ частной закладной, вовсе не считается достовѣрнымъ, и pignus publicum должно всегда считаться старшимъ относительнаго pignus privatum. Поэтому означенный законъ примѣнялся бы лишь тогда, когда идетъ рѣчь о преимуществѣ по старшинству, а не при конкурренціи какого-либо pignus publicum съ pignus privatum privelegiatum. На самомъ дѣлѣ законъ ничего не говоритъ о такомъ ограничительномъ его примѣненіи. Въ такомъ случаѣ было бы послѣдовательнымъ опредѣлить, что всѣ частныя закладныя права должны быть признаваемы равными по старшинству, ибо почему же нужно вѣрить срокамъ, обозначеннымъ въ частныхъ закладныхъ? Это было бы поощреніемъ подлоговъ.

2) По господствующему воззрѣнію законъ этотъ имѣетъ въ виду вопросъ о существованіи закладнаго права и въ этомъ отношеніи частный документъ имѣетъ меньшую достовѣрность, чѣмъ установленнымъ образомъ совершенный. Очевидно, что только это толкованіе соотвѣтствуетъ словамъ закона. Поэтому pignus publicum имѣетъ преимущество передъ pignus privatum privilegiatum въ виду меньшей достовѣрности послѣдняго.

Спорнымъ является вопросъ о томъ, имѣетъ ли pignus publicum преимущество передъ законными ипотеками. Многіе ученые отвѣчаютъ на этотъ вопросъ утвердительно [1]). Такой отвѣтъ имѣетъ за себя нѣкоторую долю вѣроятности только по отношенію къ такимъ законнымъ закладнымъ правамъ, которыя существуютъ ради обязательствъ, основанныхъ на контрактѣ, при чемъ должно обращать вниманіе на то, можетъ ли этотъ контрактъ быть доказанъ посредствомъ instrumentum publicum, или нѣтъ. Но и при такомъ ограничительномъ толкованіи, мнѣніе это выходитъ за предѣлы буквы закона, который очевидно предполагаетъ коллизію между конвенціональ-

---

[1]) Напр. Loehr, см. Archiv f civ. Praxis VI. 6, XII. 9.

ными закладными правами. И такъ pignus publicum имѣетъ преимущество не передъ законными закладными правами, а только передъ закладными правами, основанными на договорахъ частныхъ лицъ; при столкновеніи же pignus publicum съ первыми, вопросъ разрѣшается по старшинству. Утверждали еще, что при такомъ толкованіи закона возникаютъ неразрѣшимые случаи. Но это не вѣрно. Если pignus publicum конкурируетъ съ двумя другими закладными правами, изъ которыхъ надъ однимъ оно первенствуетъ, а другому уступаетъ, то pignus publicum, въ отношеніи суммы перваго залога, становится на его мѣсто и затѣмъ, по отношенію къ остальной суммѣ занимаетъ второе мѣсто [1]). Если *A* имѣетъ старѣйшее частное закладное право, *B*—законную ипотеку и *C*—pignus publicum, то первымъ будетъ *C* на сумму, которую имѣетъ *A*; вторымъ будетъ *B* на свою сумму; третьимъ — *C* на свой остатокъ и только подъ конецъ удовлетворяется *A*. Или если лицу *A* слѣдуетъ больше чѣмъ *C*, то первымъ будетъ *C*, вторымъ—*A*, третьимъ *B* и четвертымъ *A* съ своимъ остаткомъ. Таковы модификаціи того правила, что съ удовлетвореніемъ по обязательству закладное право исчезаетъ.

D. О переносѣ первенства.

§ 213.

Бываютъ случаи, что одинъ залогоприниматель вступаетъ на мѣсто другаго. При этомъ установленное закладное право

---

[1]) L. 16. D. qui pot. (20, 4). Claudius Felix eundem fundum tribus obligaverat. Eutychianae primum, deinde Turboni, tertio loco alii creditori; cum Eutychiana de jure suo doceret, superata apud judicem a tertio creditore non provocaverat, Turbo apud alium judicium victus appellaverat. Quaerebatur, utrum tertius creditor etiam Turbonem superare deberet, qui primam creditricem (Hal. qui primam conditione expulerat), an ea remota Turbo tertium excluderet. Plane cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum ejus substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit; fuerunt igitur, qui dicerent, hic quoque tertium creditorem potiorem esse debere, mihi nequaquam hoc justum esse videbatur. Pone, primam creditricem judicio convenisse tertium creditorem, et exceptione aliove quo modo a tertio superatam, numquid adversus Turbonem, qui secundo loco crediderat, tertius creditor, qui primam vicit, exceptione rei judicatae uti potest? aut contra, si post primum judicium, in quo prima creditrix superata est a tertio creditore, secundus creditor (adversus tertium (Vulg. a tertio) obtinuerit, poterit uti exceptione rei judicatae adversus primam creditricem? Nullo modo, ut opinor. Igitur nec tertius creditor successit in ejus locum, quem exclusit, nec inter alios res judicata alii prodesse aut nocere solet, sed sine praejudicio prioris sententiae totum jus alii creditori integrum relinquitur.

не переходитъ съ своимъ первенствомъ на другое обязательство, а извѣстное лицо вступаетъ въ обязательство, связанное съ закладнымъ правомъ, или посредствомъ цессіи, или, хотя и безъ таковой, но съ одинаковымъ результатомъ. Такое вступленіе на мѣсто залогопринимателя путемъ дѣйствительной или фиктивной цессіи можетъ произойти:

1) Или со стороны того же лица (in locum ipsius succedit): при новаціи совершаемой съ этою именно цѣлью, при чемъ прежнее закладное право сохраняется для новаго обязательства [1]).

2) Или со стороны другаго лица: a) уже бывшаго вѣрителемъ и вооруженнаго закладнымъ правомъ на туже вещь и потому присоединяющаго къ своему обязательству и закладному праву—посредствомъ цессіи—еще другое обязательство и другое закладное право; b) бывшаго до того времени вѣрителемъ, но не имѣвшаго закладнаго права на вещь, и c) не бывшаго даже вѣрителемъ.

Вступленіе этого рода въ обязательство со стороны другаго лица встрѣчается и безъ совершенія цессіи въ собственномъ смыслѣ слова: a) когда кто-либо даетъ въ займы деньги для того, чтобы удовлетворить залогопринимателя и за то пріобрѣтаетъ себѣ закладное право на тотъ же объэктъ; точно также интерпретируется случай покупки объэкта залога съ цѣлью удовлетворенія одного залогопринимателя, при наличности позднѣйшихъ залогопринимателей, равно и тотъ случай, когда одинъ изъ вѣрителей дозволяетъ продажу объэкта залога съ цѣлью удовлетворить другаго вѣрителя. b) Всякій послѣдующій вѣритель по залогу имѣетъ право удовлетворить предшествующаго вѣрителя даже противъ воли послѣдняго (jus offerendi) и такимъ образомъ перенести на себя его закладное право какъ бы посредствомъ принудительной цессіи. Такъ и бываетъ въ томъ случаѣ, когда какой либо вѣритель по залогу покупаетъ отъ имѣющаго старшинство вѣрителя назначенный послѣднимъ въ продажу объэктъ залога, или когда поручитель вслѣдствіе удовлетворенія вѣрителя пріобрѣтаетъ объэктъ залога какъ бы посредствомъ купли. Такое jus offerendi имѣетъ всякій владѣлецъ заклада относительно того залогопринимателя, который предъявилъ противъ него actio hypothecaria [2]). Этотъ

---

[1]) Здѣсь идетъ рѣчь только о novatio voluntaria, L. 18. D. de novat. (46, 2), а не о novatio necessaria, L. 29. eod., L. 13. §. 4. D. de pignor. (20, 1).

[2]) L. 7. §. 3. C. de praescr. XXX ann. (7, 39)—съ истеченіемъ давности ипотекарнаго иска уничтожается jus offerendi залогопринимателя (см. §. 215).

случай примѣненія jus offerendi не представляетъ ничего исключительнаго, такъ какъ лицо, предъявившее означенный искъ, стремится единственно къ удовлетворенію своей претензіи. Но независимо отъ того, право это дано каждому изъ нѣсколькихъ залогопринимателей одной и той же вещи. Этимъ правомъ предоставляется послѣдующимъ вѣрителямъ средство занять первое мѣсто въ числѣ залогопринимателей, а вмѣстѣ съ тѣмъ и право на разрѣшеніе вопроса о продажѣ заложенной вещи, вслѣдствіе чего они могутъ отвратить не выгодное для нихъ рѣшеніе этого вопроса. Prior creditor можетъ избѣгнуть этого только тѣмъ, что самъ удовлетворитъ оферента. Кромѣ того, въ случаѣ отказа послѣдняго, тотъ же результатъ достигается посредствомъ взноса денегъ въ судебное мѣсто (gerichtliche Deposition). Но если кто либо имѣетъ нѣсколько закладныхъ правъ на одну и туже вещь (напр. если онъ является по счету первымъ и четвертымъ залогопринимателемъ), то оффеpрація должна быть совершена по отношенію ко всѣмъ этимъ правамъ, потому что иначе онъ самъ можетъ тотчасъ же совершить оную. Это всегда бываетъ съ тѣмъ, кто самъ достигъ первенства черезъ jus offerendi. Если правомъ этимъ пожелаютъ воспользоваться нѣсколько лицъ, то первенство въ этомъ отношеніи имѣетъ ближайшій вѣритель, а за тѣмъ ему могутъ послѣдующіе вѣрители предложить оффеpрацію вышеуказаннымъ порядкомъ, т. е. какъ для пріобрѣтеннаго имъ, такъ и для его собственнаго закладнаго права.

VII. Охраненіе закладнаго права.

§ 214.

Охраненіе закладнаго права должно быть главнымъ образомъ направлено къ осуществленію права продажи, какъ главной составной части залога, слѣд. къ доставленію для этого вѣрителю владѣнія закладомъ. При ручномъ залогѣ вѣритель уже сначала владѣетъ закладомъ, при чемъ для сохраненія этого владѣнія и возвращенія владѣнія утраченнаго онъ имѣетъ interdicta retinendae et recuperandae possessionis, а именно interdictum de precario, если онъ precario оставилъ должнику владѣніе вещью. При залогѣ безъ владѣнія т. е. при ипотекѣ (такъ какъ при fiducia залогопринимать, подобно собственнику, имѣетъ rei vindicatio), вѣрителю необходимы особыя actiones, установленныя преторомъ, одновременно съ признаніемъ залога посредствомъ простаго соглашенія сторонъ, имѣющія характеръ utiles actiones, созданныя по образцу вышепомянутыхъ

interdicta. Преторъ, впервые признавшій ипотекарный залогъ (въ случаѣ залога всѣхъ invecta и illata лица, арендующаго praedium rusticum,—въ обезпеченіе арендной платы), предоставилъ залогопринимателю utile interdictum de precario. т. е. какъ будто бы въ данномъ случаѣ совершонъ былъ ручной залогъ, при чемъ должникъ получилъ вещь обратно precario; это и есть interdictum Salvianum. Слѣдующій преторъ пошелъ дальше и въ такомъ же случаѣ предоставилъ utilis in rem actio, т. е. какъ будто бы въ данномъ случаѣ была заложена fiducia; такъ возникла Serviana actio, которая впослѣдствіи распространена была на всѣ случаи ипотекарнаго залога, а также разумѣется и на ручной залогъ, въ видѣ quasi Serviana actio; эти иски носятъ также одно общее названіе—hypothecaria actio.

Посредствомъ особаго договора (pactum de ingrediendo) вѣрителю можетъ быть предоставлено право вступить въ извѣстномъ случаѣ прямо, безъ всякаго иска, во владѣніе закладомъ, что въ другихъ случаяхъ признается противозаконнымъ самоуправствомъ. Впрочемъ, если этому воспротивится залогодатель, то все-таки приходится дѣйствовать посредствомъ иска.

A. Actio hypothecaria.

1. При залогѣ вещей.

§ 215.

Actio Serviana и quasi Serviana, hypothecaria in rem actio, vindicatio pignoris, происходя изъ закладнаго права какъ jus in re, создана совершенно по образцу rei vindicatio. Разница прежде всего является въ основаніи иска, а вмѣстѣ съ тѣмъ возникаетъ нѣкоторое различіе по отношенію къ объэкту—изъ особенности той цѣли, которая при этомъ преслѣдуется. Предъявленіе иска обыкновенно предполагаетъ наступленіе срока для осуществленія закладнаго права, и искомъ этимъ должна быть подготовлена продажа заклада. Но предъявленіе иска можетъ послѣдовать и тогда, когда для этого имѣется достаточный интересъ, напр. въ случаѣ угрожающей опасности утраты закладнаго права. И здѣсь отвѣтчикъ можетъ быть освобожденъ вслѣдствіе представленія какой-либо cautio. Помянутое правило примѣняется и къ ручному залогу—въ случаѣ, если будетъ предъявлена по оному hypothecaria in rem actio, хотя здѣсь вѣритель всегда имѣетъ право владѣть заложенною вещью, но осуществить это право онъ не можетъ посредствомъ ипотекарнаго ис-

ка. По отношенію къ этому иску ручной залогъ и ипотека равны. Помянутая особенность ручнаго залога не принимается здѣсь въ разсчетъ и именно потому, что она не вытекаетъ изъ спеціальнаго свойства одного ручнаго залога, а изъ такого права, по отношенію къ которому равны оба рода закладнаго права.

Доказывать должно: 1) что залогъ былъ совершенъ, 2) что заложенная вещь находилась in bonis залогодателя. Существованіе обязательства доказывать не требуется, за исключеніемъ законнаго закладнаго права. Истцу не нужно также доказывать, что онъ prior creditor, потому что и послѣдующій вѣритель (при отсутствіи первенствующаго) не лишенъ права иска. Но если отвѣтчикъ удостовѣритъ существованіе собственнаго закладнаго права, то истецъ побѣждаетъ лишь тогда, когда докажетъ, что его право первенствуетъ.

Кромѣ тѣхъ эксцепцій, которыя общи ипотекарному иску съ rei vindicatio (именно ради издержекъ) эксцепція можетъ быть основана: 1) на равномъ или лучшемъ закладномъ правѣ владѣльца; 2) на jus offerendi, которое имѣетъ всякій отвѣтчикъ, ибо посредствомъ удовлетворенія истца онъ уничтожаетъ основу и цѣль иска; 3) на правѣ обратить вѣрителя сперва къ иному способу удовлетворенія—exceptio excussionis: a) къ личности должника или поручителя, ex. excussionis personalis, которую имѣетъ третій владѣлецъ заклада; b) на другой закладъ, exceptio excussionis realis, которая принадлежитъ послѣдующему залогопринимателю вслѣдствіе связи съ какою-либо спеціальною или коллективною отдачею въ залогъ. Exceptio excussionis personalis не имѣетъ мѣста, если по законнымъ или фактическимъ причинамъ искъ, которому она соотвѣтствуетъ, не можетъ быть предъявленъ, напр. за давностью, несостоятельностью, отлучкою. Въ послѣднемъ случаѣ судьею назначается срокъ, въ теченіи котораго отвѣтчикъ можетъ представить отсутствующаго должника. Спорнымъ представляется вопросъ о томъ, можетъ ли быть допущена такая exceptio, когда лицо, къ которому имѣетъ быть предъявленъ искъ, подверглось конкурсу. Вѣритель по залогу не имѣетъ нужды вступать въ конкурсъ, когда онъ отъискиваетъ удовлетвореніе изъ вещи, не принадлежащей къ конкурсной массѣ. Это несомнѣнно-вѣрное положеніе было бы совершенно низвергнуто, еслибы владѣлецъ вещи могъ принудить къ тому залогопринимателя. Четвертая новелла, устанавливающая эту exceptio, ничего не говоритъ

---

[1]) Изъ Пандектъ.

о приведенномъ случаѣ. Поэтому exceptio этого рода здѣсь не примѣняется.

Exceptio excussionis realis обращаетъ вѣрителя къ другому закладу. Здѣсь приводились случаи, совершенно сюда не относящіеся. Если при многократной отдачѣ въ залогъ одна изъ отдачъ была лишь субсидіарною, то это, установленное in subsidium, закладное право вовсе не имѣетъ силы до тѣхъ поръ, пока существуетъ его условіе, слѣдов. пока закладъ представляетъ собою средство удовлетворенія другихъ правъ. Всякій отвѣтчикъ можетъ отрицать закладное право, а также разумѣется и самъ залогодатель. Субсидіарность должна быть предполагаема tacite въ томъ случаѣ, когда одновременно совершенъ залогъ коллективный и спеціальный (напр. мой домъ и вообще все мое состояніе), и когда вѣрителю прямо не предоставленъ выборъ, jus variandi.

Единственный случай примѣненія эксцепціи excussionis realis слѣдующій: когда при соединеніи спеціальнаго и коллективнаго залога искъ обращается на вещи, составляющія collectivum и находящіяся во владѣніи послѣдующаго залогопринимателя; послѣдній можетъ тогда потребовать, чтобы prior creditor сперва отъискивалъ удовлетвореніе изъ спеціальнаго залога, для того чтобы онъ, послѣдующій вѣритель, не лишился безъ нужды своего заклада. Этого требовала по видимому справедливость, такъ что exceptio вовсе не зависитъ здѣсь отъ цѣли совершенія залога, но эта exceptio примѣняется только въ указанномъ случаѣ, а не тогда, когда вѣритель предъявляетъ искъ на основаніи спеціальнаго залога.

Подобно этимъ эксцепціямъ, представляющимъ собою видоизмѣненіе основныхъ принциповъ rei vindicationis и вытекающимъ изъ цѣли самой actio hypothecaria, есть и другія эксцепціи относительно предмета иска. Такъ, плоды выдаются лишь на столько, на сколько это необходимо для удовлетворенія вѣрителя, потому что далѣе этого не могутъ простираться требованія вѣрителя по отношенію къ вещи и ея акцессіямъ [1])

Разсматриваемый искъ погашается давностью при владѣніи третьяго лица—въ 30 лѣтъ, при владѣніи должника и залогодателя въ 40 лѣтъ; со времени же смерти должника давность считается въ 30 лѣтъ.

---

[1]) Изъ Пандектъ

2. При залогѣ правъ.

§ 216.

При залогѣ вещей actio hypothecaria есть utilis vindicatio rei, и только въ томъ случаѣ, когда можетъ быть доказана possessio ad usucapionem залогодателя, она является какъ utilis publiciana. Также точно, при отдачѣ въ залогъ какого-либо emphyteusis или superficies, ипотекарный искъ относится къ in rem actio emphiteuticaria и т. п., а при залогѣ узуфрукта къ actio confessoria узуфруктуарія.

Точно также при subpignus залогопринимателю предоставлена принадлежащая залогодателю actio utilis hypothecaria, которая цедирована на этотъ случай.

При pignus nominis залогоприниматель, подобно цессіонарію, имѣетъ личный искъ, какъ utilis actio. Большая ошибка заключалась въ томъ мнѣніи нѣкоторыхъ прежнихъ юристовъ, по которому здѣсь допускался вещный искъ залогопринимателя. Даже еслибы обязательства отдавались въ залогъ какъ вещи, то и тогда вещный искъ былъ бы не мыслимъ (ибо залогодатель не можетъ дать больше того, чѣмъ сколько имѣетъ самъ [1]).

Съ этимъ заблужденіемъ отчасти находится въ связи стремленіе нѣкоторыхъ юристовъ примѣнить къ этому случаю exceptio excussionis. При actio hypothecaria, обращенной на вещь, она имѣетъ то значеніе, что вещь безъ нужды не отнимается у владѣльца; здѣсь же объ этомъ не можетъ быть и рѣчи: должникъ все же долженъ заплатить,—все равно залогопринимателю или кредитору послѣдняго и притомъ первому не раньше послѣдняго.

Для примѣненія въ данномъ случаѣ эксцепціи excussionis ссылались на одно постановленіе Кодекса [2]), которымъ якобы безъ сомнѣнія допускается эксцепція excussionis personalis при pignus nominis.

Въ этомъ постановленіи говорится, что казна можетъ обратиться съ требованіями къ должникамъ своихъ должниковъ не прежде, какъ послѣ несостоятельности послѣднихъ къ уплатѣ долга. Это правило совсѣмъ не относится къ beneficium excussionis, тогда (во времена Діоклетіана) вовсе не существовавшему, а также и не къ pignus nominis, установленному въ

---

1) L. 54. D de R. I. (50,17). *Прим изд.*

2) L. 4. C. quando fiscus vel privat. (4,15). Non prius ad eos, qui debitoribus fisci nostri sunt obligati, actionem fiscalem extendi oportere, nisi patuerit, principales reos idoneos non esse, certissimi juris est

пользу казны, но къ executio посредствомъ понудительныхъ мѣръ (Auspfaendung), причемъ взысканіе можетъ быть распространено и на nomina, но не тогда, когда еще есть другія средства удовлетворенія [1]). Это правило должно примѣняться и относительно казны, а также и относительно обязательствъ, ради которыхъ она имѣетъ законное закладное право на все имущество должника, слѣд. и на nomina.

B. Interdictum Salvianum.

§ 217.

Interdictum Salvianum предоставлено залогопринимателю для того, чтобы достичь владѣнія заложенною вещью; оно есть interdictum adipiscendae possessionis, слѣдовательно не владѣльческій интердиктъ, а лишь право—охранительный [2]). Интердиктъ этотъ не примѣняется къ ручному залогу, потому что залогоприниматель уже владѣетъ заложенною вещью.

Интердиктъ этотъ введенъ былъ для лица, отдающаго свое имѣніе въ аренду и которому заложены invecta и illata арендатора, слѣдовательно въ томъ случаѣ, когда впервые появился ипотекарный залогъ. Этотъ интердиктъ былъ предшественникомъ для actio Serviana. Когда введенъ былъ послѣдній болѣе совершенный способъ охраненія закладнаго права и интердиктъ сдѣлался собственно не нужнымъ, онъ однакоже не былъ отмѣненъ, но за то онъ и не былъ распространяемъ на остальные случаи ипотекарнаго залога. Вездѣ, гдѣ о немъ упоминается, идетъ рѣчь о вышеприведенномъ случаѣ. На основаніи одного постановленія закона [3]) полагали, что этотъ интердиктъ допускался и при другомъ случаѣ залога. Это мнѣніе основано на недоразумѣніи [4]). Adversus conductorem debitoremve не значитъ—«противъ арендатора или инаго должника»; правило это

---

[1]) Ср. L. 15. § 8. D. de re jud. (42,1), *Прим. изд.*

[2]) Ср. §. 85.

[3]) L. 1. C. h, t. (8,9). Si te non remittente pignus debitor tuus ea, quae tibi obnoxia sunt, venum dedit. integrum tibi jus est ea persequi, non interdicto salviano, id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit, sed Serviana actione, vel quae ad exemplum ejus instituitur utilis adversus emtorem exercenda (Gordiani. Правило это представляется совершенно яснымъ, если признать, что противъ третьяго лица, владѣющаго sine vitio имѣла силу короткая давность древняго Int. Utrubi. Dernburg, Pfandrecht стр. 59. *Прим. изд.*

[4]) Interdictum salvianum конечно не примѣнимъ, но здѣсь все же дается владѣльческое охраненіе, только въ иной формѣ: посредствомъ interdictum repentinum, L 3. C. de pign. (8, 14). *Прим. изд.*

говоритъ только, что интердиктъ не примѣняется здѣсь по двумъ причинамъ: 1) потому, что отвѣтчикъ не есть conductor, и кромѣ того 2) потому, что онъ не есть debitor [1]). Означенный интердиктъ основанъ на фикціи ручнаго залога и precarium'а, слѣдовательно онъ есть ничто иное, какъ utile interdictum de precario [2]). Отсюда можно вывести отвѣтъ на весьма спорный вопросъ о томъ, противъ кого можетъ быть предъявленъ этотъ интердиктъ [3]). Онъ имѣетъ мѣсто противъ того лица, противъ котораго дѣйствуетъ и interdictum de precario, слѣдовательно только противъ залогодателя, а не противъ третьяго владѣльца. Эта особенность самымъ опредѣленнымъ образомъ высказана въ приведенномъ правилѣ (L. 1. Cod. h. t. 8, 9). Не смотря на это, многіе утверждаютъ, что интердиктъ этотъ можетъ быть предъявленъ и противъ другаго лица, по крайней мѣрѣ противъ покупателя вещи, и въ подтвержденіе этого ссылаются на одно мѣсто изъ Пандектъ [4]), которое однакожь должно быть объяснено слѣдующимъ образомъ:

---

[1]) Истинная причина здѣсь та, что вѣритель отказывается отъ владѣльческаго охраненія и оставляетъ за собой только petitorium. Возраженіе Вангерова (Leitfaden §. 390, будто мотивъ этотъ не указанъ, тѣмъ болѣе представляется неудачнымъ, что онъ очевидно поставленъ въ началѣ: слова si te—venum dedit конечно могли бы означать продажу безъ ремиссіи вѣрителя; но тогда слова non remittente—противъ всѣхъ правилъ толкованія законовъ—слѣдовало бы признать совершенно безполезными, и отказъ въ possessorium противъ покупщика ничѣмъ бы не оправдывался. Слѣдовательно эти слова нужно относить къ продажѣ, на которую согласился вѣритель, но только salva causa pignoris sui, L. 4. §. 1. D. quibus modis pignus (20,6), и тогда смыслъ закона совершенно ясенъ. *Прим. изд.*

[2]) Единственное основаніе такого воззрѣнія автора заключается въ кодексѣ VIII, 9, de precario et Salviano interdicto. Мѣсто, занимаемое тою же рубрикой въ пандектахъ (43,33) доказываетъ, что это сопоставленіе есть нѣчто случайное. *Прим. изд.*

[3]) Вопросъ „противъ кого" долженъ быть, въ виду запретительнаго характера, отличающаго interdictum salvianum, разрѣшенъ такъ: противъ всякаго, кто нарушаетъ право вѣрителя, сопротивляясь взятію упомянутыхъ illata; это также предполагается въ вышеозначенномъ постановленіи пандектъ. *Прим изд.*

[4]) L. 1. D. h. t. (43,33). Si colonus ancillam in fundo pignoris nomine duxerit et eam vendideret, quod apud emtorem ex ea natum est, ejus prehendendi gratia utile interdictum reddi oportet. Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utrique in solidum obligatae essent, singuli adversus extraneum salviano interdicto recte experiuntur. Inter ipsos vero si reddatur hoc interdictum, possidentis conditio melior erit. At si id actum fuerit, ut pro partibus res obligaretur, utilis actio et adversus extraneos et inter ipsos dari debebit, per quam dimidias partes possessionis singuli apprehendent. Idem servari, conveniet, et si colonus rem, quam cum alio communem habebat, pignoris nomine induxerit, scilicet ut pro parte dimidia pignoris persecutio detur.

1) Слова: adversus extraneum не значатъ: «противъ третьяго владѣльца», а «противъ самого арендатора», (въ противоположность словамъ inter ipsos); самъ арендаторъ есть extraneus.

2) Слова: apud emtorem значатъ: интердиктъ распространяется также и на плоды, явившіеся у покупщика; но ими не высказывается, что къ отвѣту можетъ быть привлеченъ самъ покупщикъ.

3) Указывали на то, что юристъ говоритъ объ utile interdictum, а приведенный законъ объ interdictum directum [1]). Самъ по себѣ этотъ интердиктъ есть аналогическій способъ охраненія права, utile interdictum. Кромѣ арендатора interdictum Salvianum примѣняется еще противъ того лица, которое владѣетъ вещью въ качествѣ мнимаго залогопринимателя.

Такъ какъ interdictum salvianum не есть владѣльческій, то онъ разрѣшаетъ споръ о правѣ такъ же окончательно, какъ и actio [2]). Для насъ онъ, собственно говоря, есть нѣчто устарѣвшее. Практики однакоже признавали его за временную (provisorisch) hypothecaria (такъ что за нимъ всегда могло слѣдовать petitorium). Поэтому они и не ограничивали его вышеприведеннымъ случаемъ, а предоставляли его всякому вѣрителю по залогу. Практика эта должна быть отвергнута.

---

[1]) Положеніе это опровергается примѣчаніемъ 2 предш. стр Интердиктъ Salvianum не есть utile interdictum de precario; интердиктъ же относительно родившихся у покупателя дѣтей рабыни называется interdictum utile salvianum, потому что interdictumSa lvianum directum требуетъ рожденія на арендуемой землѣ (ibi nata), L. 7. por D. in quibr caus. (20,2), interdictum de precario было бы въ такомъ случаѣ directum, L. 10 D. de prec. (43,26). *Прим. изд.*

[2]) Невѣрность этого положенія, которое поддерживаетъ даже Келлеръ (Pand. §. 211), доказывается L. 2. D. h. t. (43.33.) гдѣ потерявшій по interdictum Salvianum обращается къ actio serviana для того, чтобы доказать дѣйствительность совершенія залога, не разсматриваемую при интердиктномъ процессѣ. *Прим. изд.*